

**Verhängung und Vollstreckung  
kurzer Freiheitsstrafen zur  
Verteidigung der Rechtsordnung  
§§ 14, 23 Abs. 3 StGB**

**Michael J. Schmid**

**1972**



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

Verhängung und Vollstreckung kurzer Freiheitsstrafen zur  
Verteidigung der Rechtsordnung  
§§ 14, 23 Abs. 3 StGB

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Juristischen Fakultät  
der Ludwig-Maximilians-Universität  
zu München

vorgelegt von

Michael J. Schmid

1972



Referent: Professor Dr.Dr.h.c. Arthur Kaufmann  
Korreferent: Professor Dr.Dr.h.c. Paul Bockelmann  
Tag der mündlichen Prüfung: 11. Februar 1972

## Inhaltsübersicht

|                                                                                                                                                           |      |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| Abkürzungsverzeichnis .....                                                                                                                               | VIII |
| Literaturverzeichnis .....                                                                                                                                | XII  |
| Erster Teil: Notwendigkeit einer Auslegung nach<br>funktionellen Kriterien.....1                                                                          |      |
| 1. Kapitel: Ein neuer unbestimmter Begriff im Straf-<br>recht.....1                                                                                       |      |
| 2. Kapitel: Die Unergiebigkeit des Wortlauts.....2                                                                                                        |      |
| I. Rechtsordnung.....2                                                                                                                                    |      |
| II. Verteidigung.....3                                                                                                                                    |      |
| III. Besondere Umstände.....4                                                                                                                             |      |
| IV. Unerlässlich - gebietet.....4                                                                                                                         |      |
| 3. Kapitel: Notwendigkeit einer funktionellen Aus-<br>legung unter Berücksichtigung der Ent-<br>stehungsgeschichte.....5                                  |      |
| Zweiter Teil: Wie kam es zu der Regelung?.....6                                                                                                           |      |
| 4. Kapitel: Die Problematik der kurzen Freiheits-<br>strafe und der Berücksichtigung general-<br>präventiver Erwägungen bei der Strafzu-<br>messung.....6 |      |
| I. Die Problematik der kurzen Freiheitsstrafe.....6                                                                                                       |      |
| II. Die Problematik der Berücksichtigung general-<br>präventiver Erwägungen bei der Strafzumes-<br>sung.....9                                             |      |
| 1. Nur ein Aspekt der Generalprävention stand<br>in der Diskussion.....9                                                                                  |      |
| 2. Die Notwendigkeit der Generalprävention....10                                                                                                          |      |
| 3. Die Zweckmäßigkeit der Berücksichtigung<br>der Generalprävention.....11                                                                                |      |

|                                                                                                   |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 4. Die generalpräventive Wirkung der konkreten Strafe.....                                        | 12 |
| 5. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Berücksichtigung der Generalprävention....          | 14 |
| III. Zusammenfassung.....                                                                         | 16 |
| 5. Kapitel: Die §§ 27b, 23 Abs.3 Nr.1 StGB aF und ihre Auslegung.....                             | 17 |
| I. § 27b StGB aF.....                                                                             | 17 |
| II. § 23 Abs.3 Nr.1 StGB aF.....                                                                  | 19 |
| III. Zusammenfassung.....                                                                         | 22 |
| 6. Kapitel: Die Reformvorschläge, die Beratungen und Beschlüsse des Bundestages.....              | 23 |
| I. Die Große Strafrechtskommission und die Entwürfe 1958, 1960, 1962.....                         | 23 |
| 1. Die Große Strafrechtskommission.....                                                           | 23 |
| 2. Der Entwurf 1958.....                                                                          | 24 |
| 3. Die Entwürfe 1960 und 1962.....                                                                | 25 |
| II. Der Alternativ-Entwurf.....                                                                   | 25 |
| III. Die Beratungen und Beschlüsse des Bundestagssonderausschusses für die Strafrechtsreform..... | 26 |
| IV. Die Beratungen und Beschlüsse des Bundestages.....                                            | 30 |
| 7. Kapitel: Zusammenfassung.....                                                                  | 31 |
| Dritter Teil: Welches Ziel muß ein Einschreiten "zur Verteidigung der Rechtsordnung" haben.....   |    |
| 8. Kapitel: Die Ziele der staatlichen Strafe.....                                                 | 34 |
| 9. Kapitel: Das Strafziel.....                                                                    | 35 |
| I. Vergeltung, Genugtuung für den Verletzten und Sühne.....                                       | 35 |
| II. Einwirkung auf den Täter.....                                                                 | 36 |
| III. Einwirkung auf die Allgemeinheit.....                                                        | 37 |

|                                                                                                               |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 10. Kapitel: Wirkungen der Strafe auf die Allgemeinheit.....                                                  | 38 |
| I. Bekanntwerden der Strafdrohung.....                                                                        | 38 |
| II. Abschreckung.....                                                                                         | 38 |
| III. Hervorrufen der Überzeugung, daß sich das Verbrechen nicht lohnt.....                                    | 39 |
| IV. Verdrängung des Verbrechens in die Heimlichkeit.....                                                      | 40 |
| V. Einwirkung auf die sittlichen Vorstellungen der Bevölkerung.....                                           | 40 |
| VI. Rechtliche Gesinnung.....                                                                                 | 41 |
| VII. Genugtuung für die Allgemeinheit.....                                                                    | 41 |
| VIII. Sträkung des Rechtsvertrauens.....                                                                      | 42 |
| 11. Kapitel: Welche Wirkung soll durch eine Strafe "zur Verteidigung der Rechtsordnung" erreicht werden?..... | 43 |
| I. Genugtuung für die Allgemeinheit.....                                                                      | 43 |
| II. Einwirkung auf das Rechtsvertrauen.....                                                                   | 44 |
| III. Bekanntwerden der Strafdrohung.....                                                                      | 46 |
| IV. Verdrängung des Verbrechens in die Heimlichkeit.....                                                      | 46 |
| V. Abschreckung.....                                                                                          | 46 |
| 1. Rückwirkung auf die Rechtsbefolgung.....                                                                   | 46 |
| 2. Entstehungsgeschichte.....                                                                                 | 47 |
| 3. Geeignetheit der Freiheitsstrafe bzw. Versagung von Strafaussetzung zur Bewährung....                      | 48 |
| a) Die Größe des Übels.....                                                                                   | 48 |
| b) Abschreckung müßte Individualisierung ausschließen.....                                                    | 49 |
| VI. Einwirkung auf die sittlichen Vorstellungen der Bevölkerung.....                                          | 51 |
| 1. Rückwirkung auf die Rechtsbefolgung.....                                                                   | 51 |
| 2. Einwirkung der Strafe auf die moralischen Vorstellungen.....                                               | 51 |
| 3. Die Geeignetheit der Freiheitsstrafe bzw. der Versagung von Strafaussetzung zur Bewährung.....             | 52 |

|                                                                                                    |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 4. Strafgesetze, hinter denen keine sittliche Norm steht.....                                      | 54 |
| 5. Der Staat richtet sich nach den gesellschaftlichen Vorstellungen.....                           | 54 |
| VII. Hervorrufen der Überzeugung, daß sich das Verbrechen nicht lohnt.....                         | 55 |
| 1. Einwirkung auf die Rechtsbefolgung.....                                                         | 56 |
| 2. Eignung der Freiheitsstrafe bzw. Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung.....               | 57 |
| 3. Verzicht auf Vergeltung und Schuldausgleich.....                                                | 57 |
| 4. Entstehungsgeschichte.....                                                                      | 58 |
| 12. Kapitel: Das gefundene Ergebnis und der Wortlaut "Verteidigung der Rechtsordnung".....         | 59 |
| I. Genügender Anhaltspunkt im Wortlaut.....                                                        | 59 |
| II. Keine Erweiterung.....                                                                         | 60 |
| 1. Verlust der Geltung einer Strafvorschrift...                                                    | 60 |
| 2. Schutz der Rechtsgüter.....                                                                     | 62 |
| III. Keine Einschränkung.....                                                                      | 63 |
| 13. Kapitel: Zusammenfassung.....                                                                  | 63 |
| Vierter Teil: Wann machen besondere Umstände die Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich?..... | 64 |
| 14. Kapitel: Allgemeines.....                                                                      | 64 |
| I. Bei § 23 Abs.3 StGB die gleichen Voraussetzungen wie bei § 14 StGB.....                         | 64 |
| II. Ausnahmefall.....                                                                              | 65 |
| III. Abstellen auf den Einzelfall.....                                                             | 67 |
| IV. Andere Maßnahmen.....                                                                          | 67 |
| V. Im Zweifel Geldstrafe und Strafaussetzung.....                                                  | 69 |

|                                                                                           |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 15. Kapitel: Abstellen auf das Verständnis der Bevölkerung für die Strafe.....            | 70 |
| I. Rechtliche Gesinnung ist ein subjektiver Gesichtspunkt.....                            | 70 |
| II. Gedanken von Vergeltung und Schuld.....                                               | 70 |
| III. Die verletzte Norm.....                                                              | 72 |
| IV. Einfluß der Massenmedien.....                                                         | 73 |
| V. Schwierigkeit der Feststellung.....                                                    | 74 |
| VI. Unverständnis muß nicht die rechtliche Gesinnung gefährden.....                       | 75 |
| VII. Entstehungsgeschichte.....                                                           | 76 |
| VIII. Abstellen auf das Verständnis der Bevölkerung nicht notwendig.....                  | 77 |
| 16. Kapitel: Das Verbrechen darf sich nicht lohnen.....                                   | 78 |
| I. Grundsätzliches.....                                                                   | 78 |
| II. Der Täter wird von der Strafe nicht getroffen...79                                    |    |
| 1. Ein Dritter bezahlt die Geldstrafe oder Geldbuße.....                                  | 79 |
| 2. Das Geldzahlen trifft wirtschaftlich einen Dritten.....                                | 81 |
| 3. Der Täter ist zu einer Geldzahlung nicht in der Lage.....                              | 82 |
| III. Der Täter wird von der Strafe nicht genügend getroffen.....                          | 85 |
| 1. Dem Täter ist die Tat das Geld wert.....                                               | 85 |
| 2. Das Risiko einer Strafe kann in Kauf genommen werden.....                              | 87 |
| a) Der Täter hat die Strafe einkalkuliert...87                                            |    |
| b) Die Strafe kann man in Kauf nehmen.....                                                | 88 |
| IV. Umstände, die gegen ein Einschreiten zur Verteidigung der Rechtsordnung sprechen..... | 89 |
| 1. Ungeeignetheit der Freiheitsstrafe.....                                                | 89 |
| 2. Nachteilige Folgen der Tat für den Täter.....                                          | 90 |
| 17. Kapitel: Keine Abwägung mit anderen Strafzwecken...                                   | 91 |

|                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------|----|
| 18. Kapitel: Umstände, die keine Bedeutung haben....                  | 93 |
| I. Besonders schwere Tatfolgen.....                                   | 93 |
| II. Besonderes Verschulden.....                                       | 95 |
| III. Einstellung des Täters gegenüber dem Recht..                     | 95 |
| IV. Wiederholungstäter.....                                           | 96 |
| V. Häufigkeit bestimmter Delikte.....                                 | 96 |
| VI. Einstellung der Bevölkerung gegenüber der<br>verletzten Norm..... | 97 |

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| Fünfter Teil: Einzelfragen..... | 98 |
|---------------------------------|----|

|                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------|-----|
| 19. Kapitel: Verfassungsrechtliche Probleme.....            | 98  |
| I. Die gesetzliche Bestimmtheit (Art. 103<br>Abs.2 GG)..... | 98  |
| II. Das Schuldprinzip.....                                  | 100 |
| III. Die Würde des Menschen.....                            | 101 |
| IV. Das Prinzip der Gewaltenteilung.....                    | 103 |
| V. Gleichheitsgrundsatz.....                                | 103 |
| 20. Kapitel: Fahrlässigkeitsdelikte.....                    | 104 |
| 21. Kapitel: Trunkenheit im Straßenverkehr.....             | 106 |
| I. Keine besonderen Grundsätze.....                         | 106 |
| II. Das Unlustgefühl des Unterlassens.....                  | 107 |
| III. Hohe Blutalkoholkonzentration.....                     | 107 |
| IV. Die Fahrstrecke.....                                    | 108 |
| V. Unfallfolgen.....                                        | 108 |
| VI. Andere Maßnahmen.....                                   | 108 |

|                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------|-----|
| Sechster Teil: Zusammenfassung und Würdigung der<br>Regelung..... | 110 |
|-------------------------------------------------------------------|-----|

|                                          |     |
|------------------------------------------|-----|
| 22. Kapitel: Zusammenfassung.....        | 110 |
| 23. Kapitel: Würdigung der Regelung..... | 111 |

Abkürzungsverzeichnis

|                |                                                            |
|----------------|------------------------------------------------------------|
| aA.....        | anderer Ansicht                                            |
| Abg.....       | Abgeordneter                                               |
| Abs.....       | Absatz                                                     |
| AE.....        | Alternativentwurf                                          |
| aF.....        | alte Fassung                                               |
| Anm.....       | Anmerkung                                                  |
| Art.....       | Artikel                                                    |
| AT.....        | Allgemeiner Teil                                           |
| Aufl.....      | Auflage                                                    |
| BayObLG.....   | Bayerisches Oberstes Landesgericht                         |
| BayVerfGH..... | Bayerischer Verfassungsgerichtshof                         |
| Bd.....        | Band                                                       |
| bes.....       | besonders                                                  |
| BGBI.....      | Bundesgesetzblatt                                          |
| BGH.....       | Bundesgerichtshof                                          |
| BGHSt.....     | Entscheidungen des Bundesgerichts-<br>hofes in Strafsachen |
| BR-Drucks..... | Bundesratsdrucksache                                       |
| BT-Drucks..... | Bundestagsdrucksache                                       |
| BVerfG.....    | Bundesverfassungsgericht                                   |
| BVerfGE.....   | Entscheidungen des Bundesverfas-<br>sungsgerichts          |
| bzw.....       | beziehungsweise                                            |
| DAR.....       | Deutsches Autorecht                                        |
| ders.....      | derselbe                                                   |
| Dr.....        | Doktor                                                     |
| DRiZ.....      | Deutsche Richterzeitung                                    |

|                  |                                                                                                                                |
|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| E.....           | Entwurf                                                                                                                        |
| Einl.....        | Einleitung                                                                                                                     |
| f (ff).....      | folgende                                                                                                                       |
| FBn.....         | Fußnote                                                                                                                        |
| GG.....          | Grundgesetz                                                                                                                    |
| HRR.....         | Höchststrichterliche Rechtsprechung                                                                                            |
| insbes.....      | insbesondere                                                                                                                   |
| JR.....          | Juristische Rundschau                                                                                                          |
| Jur.Diss.....    | Juristische Dissertation                                                                                                       |
| JuS.....         | Juristische Schulung                                                                                                           |
| Justiz.....      | Die Justiz                                                                                                                     |
| JZ.....          | Juristenzeitung                                                                                                                |
| Kap.....         | Kapitel                                                                                                                        |
| KG.....          | Kammergericht                                                                                                                  |
| k+v.....         | Kraftfahrt + Verkehrsrecht                                                                                                     |
| L.....           | Leitsatz                                                                                                                       |
| Lehrb.....       | Lehrbuch                                                                                                                       |
| lit.....         | Buchstabe                                                                                                                      |
| LK.....          | Leipziger Kommentar                                                                                                            |
| LStVG.....       | (Bayerisches) Gesetz über das Landesstrafrecht und das Verordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung |
| MatStrRef.....   | Materialien zur Strafrechtsreform                                                                                              |
| MDR.....         | Monatsschrift für deutsches Recht                                                                                              |
| M Schr.Krim..... | Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform                                                                           |

nF.....neue Folge  
NJW.....Neue Juristische Wochenschrift  
Nr.....Nummer  
  
OGHSt.....Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen  
OLG.....Oberlandesgericht  
  
Prot.....Protokolle  
  
Rdn.....Randnummer  
RG.....Reichsgericht  
RGBl.....Reichsgesetzblatt  
RGSt.....Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen  
Rspr.....Rechtsprechung  
  
S.....Seite  
Sten.Ber.....Stenographischer Bericht  
StGB.....Strafgesetzbuch  
StPO.....Strafprozeßordnung  
1. StrRG.....Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts  
2. StrRG.....Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts  
StS.....Strafsenat  
StVG.....Straßenverkehrsgesetz  
  
v.....von  
VGH nF II.....Entscheidungssammlung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes neue Folge Teil II Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes

vgl.....vergleiche

Vorbem.....Vorbemerkung

VRS.....Verkehrsrechts-Sammlung

z.B.....zum Beispiel

zit.....zitiert

ZRP.....Zeitschrift für Rechtspolitik

ZStW.....Zeitschrift für die gesamte Straf-  
rechtswissenschaft

Literaturverzeichnis

- Alternativ-Entwurf                    eines Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil vorgelegt von Baumann, Brauneck, Hanack, Kaufmann, Klug, Lampe, Lenckner, Maihofer, Noll, Roxin, Schmitt, Schultz, Stratenwerth, Stree; Tübingen 1966 (zit.: AE).
- Badura                                Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 1964, 337 ff.
- Baumann                              Entwurf eines Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, Recht und Staat Heft 274/275; Tübingen 1963.
- ders.                                 Resozialisierungsgedanke und Rechtsgüterschutz im 1. und 2. Strafrechtsreformgesetz, DRiZ 1970, 2 ff.
- ders.                                 Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe; Berlin und Neuwied 1968 (zit.: Beschränkung des Lebensstandards).
- B ehnke                              Möglichkeiten zur Bekämpfung der Alkoholtäter im Rahmen des Ersten Strafrechtsreformgesetzes, Blutalkohol 1969, 335 ff.

- Binding Grundriß des Deutschen Strafrechts  
Allgemeiner Teil; 6. Aufl., Leipzig 1902
- Bockelmann Zur Reform des Strafrechts, JZ 1951,  
494 ff.
- ders. Einführung in das Recht; München  
1963
- Bruns "Generalprävention" als Zweck und  
Zumessungsgrund der Strafe? v. Weber-Festschrift, Bonn 1963, S. 75 ff.
- ders. Strafzumessungsrecht Allgemeiner  
Teil; Köln-Berlin-Bonn-München  
1967.
- Coors Die Generalprävention als Strafzu-  
messungserwägung bei Trunkenkeits-  
delikten im Straßenverkehr; Jur.  
Diss. Hamburg 1963.
- Dede Zur Strafaussetzung bei Trunken-  
heitsfahrt MDR 1970, 721 ff.
- Dreher Über die gerechte Strafe; Schriften  
der Süddeutschen Juristenzeitung  
Heft 5, Heidelberg 1947 (zit.: Ge-  
rechte Strafe).
- ders. Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen  
und Verordnungen; 31. Aufl., Mün-  
chen 1970.
- ders. Anmerkung zum Urteil des KG vom  
13. 11. 1969, JR 1970, 228 ff.

- Dünnebier Die Strafzumessung bei Trunkenheitsdelikten im Straßenverkehr nach dem Ersten Gesetz zur Reform des Strafrechts als Beispiel für die Verwendung der kurzen Freiheitsstrafe, JR 1970, 241 ff.
- Eickhoff Das Verhältnis von Fahrerlaubnisentziehung und kurzfristiger Freiheitsstrafe, NJW 1971, 272 ff.
- Entwurf 1958 Entwurf eines Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission (abgeschlossen im Dezember 1956) mit Begründung. Veröffentlicht vom Bundesministerium der Justiz, Bonn 1958 (zit.: E 1958).
- Entwurf 1960 Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960 mit Begründung; BR-Drucks. 270/60; Bonn 1960 (zit.: E 1960).
- Entwurf 1962 Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung -Bundesratsvorlage- BR-Drucks. 200/62, Bonn 1962 (zit.: E 1962).
- Erster schriftlicher Bericht des Bundestagssonderausschusses für die Strafrechtsreform. BT-Drucks. V/4094 (zit.: Bericht).
- Feuerbach Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts; 5. Aufl., Gießen 1812.

|            |                                                                                                                                        |
|------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Freud      | Totem und Tabu, Fischer-Bücherei<br>Nr. 147; Frankfurt-Hamburg 1956                                                                    |
| v. Gerkan  | Verhängung und Aussetzung kurzer<br>Freiheitsstrafen nach dem Ersten<br>Gesetz zur Reform des Strafrechts,<br>K + V 1969, 291 ff.      |
| Grünwald   | Das Rechtsfolgensystem des Alter-<br>nativ-Entwurfs, ZStW 1968, 89 ff.                                                                 |
| Haag       | Rationale Strafzumessung; Köln-Ber-<br>lin-Bonn-München 1970.                                                                          |
| Hardwig    | Tat und Täterschaft im Licht der<br>Strafrechtsreform, MSchrKrim.<br>1959, 1 ff.                                                       |
| Hellmer    | Erziehung und Strafe, Berlin 1957.                                                                                                     |
| Henkel     | Einführung in die Rechtsphilosophie;<br>München und Berlin 1964.                                                                       |
| Hohler     | Die Strafrechtsreform - Beginn einer<br>Erneuerung, NJW 1969, 1225 ff.                                                                 |
| Horstkotte | Der Allgemeine Teil des Strafgesetz-<br>buches nach dem 1. September 1969,<br>NJW 1969, 1601 ff.                                       |
| ders.      | Die Vorschriften des Ersten Gesetzes<br>zur Reform des Strafrechts über die<br>Strafbemessung (§§ 13-16, 60 StGB),<br>JZ 1970, 122 ff. |
| Jescheck   | Die kriminalpolitische Konzeption<br>des Alternativ-Entwurfs eines Straf-<br>gesetzbuches (Allgemeiner Teil),<br>ZStW 1968, 54 ff.     |

- ders. Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil; Berlin 1969.
- Kaiser Verkehrsdelinquenz und Generalprävention; Tübingen 1970.
- Kaufmann, Arthur Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart, JZ 1963, 137 ff.
- ders. Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ 1967, 553 ff.
- Koch Die "Verteidigung der Rechtsordnung" bei Verkehrsvergehen, NJW 1970, 842 ff.
- Kohlrausch-Lange Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen; 43. Aufl., Berlin 1961.
- Krüger Die Ahndung der Alkoholdelinquenz nach dem Ersten Gesetz zur Reform des Strafrechts, Blutalkohol 1969, 352 ff.
- Kunert Kurze Freiheitsstrafe und Strafaussetzung zur Bewährung nach den Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts, MDR 1969, 705 ff.
- ders. Der erste Abschnitt der Strafrechtsreform, NJW 1969, 1229 ff.
- ders. Der zweite Abschnitt der Strafrechtsreform, NJW 1970, 537 ff.
- Lackner Der Allgemeine Teil des künftigen Strafgesetzbuches in der Auseinandersetzung, JZ 1963, 617 ff.
- ders. Strafrechtsreform und Praxis der Strafrechtspflege, JR 1970, 1 ff.

- Lackner-Maassen                      Strafgesetzbuch mit Erläuterungen;  
5. Aufl., München 1969.
- Larenz                                  Methodenlehre der Rechtswissenschaft;  
2. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York  
1969.
- Leipziger-Kommentar                      Strafgesetzbuch. 1. Bd. Einleitung  
und §§ 1-152. Herausgegeben von Ja-  
gusch und Mezger gemeinsam mit Schä-  
fer und werner. 8. Aufl., Berlin  
1957 (zit.: LK).
- Martin                                      Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bei  
Trunkenheit am Steuer? Blutalkohol  
1970, 13 ff.
- Materialien                                zur Strafrechtsreform. 1. Bd. Gut-  
achten der Strafrechtslehrer; Bonn  
1954 (zit.: MatStrRef).
- Maurach                                    Deutsches Strafrecht Allgemeiner  
Teil; 3. Aufl., Karlsruhe 1965  
(zit.: AT).
- Mayer, Hellmuth                          Das Strafrecht des Deutschen Volkes;  
Stuttgart 1936.
- ders.                                        Strafrecht Allgemeiner Teil; Stutt-  
gart-Berlin-Köln-Mainz 1967.
- Mayer, Max Ernst                          Rechtsnormen und Kulturnormen,  
Breslau 1903.
- Melcher                                    Der Verbrecher als Sündenbock der  
Gesellschaft, ZRP 1971, 1 ff.

- Mezger-Blei                      Strafrecht I Allgemeiner Teil;  
12. Aufl., München 1967.
- Naegeli                         Das Böse und das Strafrecht; München  
ohne Erscheinungsjahr.
- Niederschriften                über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission; 1. Bd. Bonn 1956,  
3. Bd. Bonn 1958; 12. Bd. Bonn 1959  
(zit.: Niederschriften).
- Noll                             Die ethische Begründung der Strafe,  
Recht und Staat Heft 244, Tübingen  
1962.
- Nowakowski                    Freiheit, Schuld, Vergeltung. Festschrift für Rittler, Aalen 1957  
S. 53 ff.
- Ostermeyer                    Die Sündenbockprojektion in der  
Rechtsprechung ZRP 1970, 241 ff.
- Peters                         Die kriminalpolitische Stellung des  
Strafrichters bei der Bestimmung der  
Strafrechtsfolgen; Berlin 1932.
- Petters-Preisendanz            Strafgesetzbuch; 26. Aufl., Berlin  
1970.
- Pfeiffer-Maul-Schulte        Strafgesetzbuch. Kommentar an Hand  
der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes; Essen 1969.
- Preiser                        Das Recht zu strafen. Festschrift für  
Mezger, München und Berlin 1954 S.71 ff.
- ders,                         Das öffentliche Interesse an der Strafvollstreckung (§ 23 Abs.3 Ziff.1 StGB),  
NJW 1956, 1009 ff.

- Protokolle der Sitzungen des Bundestagssonderausschusses für die Strafrechtsreform (zit. Prot.).
- Roxin Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377 ff.
- Schoene ...zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich..., NJW 1971, 2241.
- Schmidhäuser Von den zwei Rechtsordnungen im staatlichen Gemeinwesen; Berlin 1964 (zit.: Rechtsordnungen).
- ders. Strafrecht Allgemeiner Teil; Tübingen 1970 (zit. Lehrb.).
- Schmidt, Eb. Vergeltung, Sühne, Spezialprävention, ZStW 1955, 177 ff.
- ders. Freiheitsstrafe, Ersatzfreiheitsstrafe und Strafzumessung im Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, NJW 1967, 1929 ff.
- Schmidt, Rich. Grundriß des Deutschen Strafrechts; Leipzig 1925.
- Schnebele Die Berliner Empfehlungen - ein Beitrag zur Ahndung von Alkoholdelikten nach der Strafrechtsreform? Blutalkohol 1969, 433 ff.
- Schönke-Schröder Strafgesetzbuch  
13. Aufl., München und Berlin 1967 (zit.: 13. Aufl.)  
15. Aufl., München 1970.
- Schröder Zur Verteidigung der Rechtsordnung, JZ 1971, 241 ff.

- Schwalm Schuld und Schuldfähigkeit im Licht der Strafrechtsreformgesetze vom 25. 6. und 4. 7. 1969, des Grundgesetzes und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts JZ 1970, 487 ff.
- Schwarz-Dreher Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen; 30. Aufl., München 1968.
- Spiegel Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bei Trunkenheit am Steuer? Blutalkohol 1970, 28 ff.
- Stree Deliktsfolgen und Grundgesetz; Tübingen 1960.
- Sturm Die Strafrechtsreform - Zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches nach dem Ersten Gesetz zur Reform des Strafrechts (Fassung 1. April 1970), JZ 1970, 81 ff.
- Theuerkauf Rückschritt bei der ~~Bewährungsaus-~~setzung! NJW 1971, 602.
- Wagner Die Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts zum Strafausspruch bei Trunkenheit am Steuer DRiZ 1970, 277 ff.
- Wellmann Der Verbrecher - Sündenbock der Gesellschaft? ZRP 1971, 71 f.



## Erster Teil

### NOTWENDIGKEIT EINER AUSLEGUNG NACH FUNKTIONELLEN KRITERIEN

#### 1. Kapitel

#### Ein neuer unbestimmter Begriff im Strafrecht

Ein Beispiel dafür, wie man Gesetze nicht machen soll, nennt Koch<sup>1)</sup> die §§ 14 und 23 StGB wegen des dort verwendeten Begriffs "Verteidigung der Rechtsordnung"<sup>2)</sup>. Seiner Meinung nach läßt sich kaum ein Begriff finden, der weniger faßbar, "nebulöser" und der "freien Auslegung" zugänglicher wäre als derjenige der "Verteidigung der Rechtsordnung". In der Tat handelt es sich um einen "Leerbegriff"<sup>3)</sup>. Die Formel ist inhaltsarm und ohne Konturen<sup>4)</sup>. Im ersten schriftlichen Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform wurde der Ausdruck "öffentliches Interesse" in § 23 Abs. 3 StGB als farblos und vage bezeichnet<sup>5)</sup>. Man kann kaum behaupten, daß der Begriff "Verteidigung der Rechtsordnung" klarer, eindeutiger oder weniger auslegungsbedürftig ist<sup>6)</sup>. Wenn man auch nicht mit Koch<sup>7)</sup> so weit gehen will, anzunehmen, daß der Richter hier beinahe zur Rechtsschöpfung aufgefordert wird, so dürfte jedenfalls eines feststehen: Die Forderung nach Allgemeinverständlichkeit von Gesetzen ist nicht erfüllt worden.

Will man dem Gesetzgeber nicht unterstellen, daß er selbst nicht genau wußte, was er anordnen wollte, oder daß er vor Formulierungsschwierigkeiten kapitulierte hat oder daß sich hinter der Wendung von der Verteidigung der Rechtsordnung

---

1) NJW 1970, 842.

2) Die §§ 14, 23 StGB entsprechen insoweit den §§ 47, 56 StGB i.d.F. des 2. StrRG.

3) Schröder JZ 1971, 241.

4) OLG Stuttgart Justiz 1970, 163.

5) Bericht S. 11.

6) BayObLG NJW 1970, 1382; Schönke-Schröder § 14 Rdn. 35a; Martin Blutalkohol 1970, 20.

7) NJW 1970, 842, 844.

vor allen Dingen eine Verlegenheit über Meinungsverschiedenheiten verbirgt<sup>1)</sup>, sondern geht man davon aus, daß es der Gesetzgeber weitgehend dem Richter überlassen wollte, "was daraus gemacht wird" <sup>2)</sup>, so kann man in der Tat mit Martin<sup>3)</sup> sagen: "O felix iudex, zu dem der Gesetzgeber auch in heutiger Zeit noch ein solches Vertrauen hat!"

## 2. Kapitel

### Die Unergiebigkeit des Wortlauts

Jede Auslegung beginnt mit dem Wortlaut. Kann aber hier aus dem Wortlaut eine halbwegs sichere Erkenntnis gewonnen werden?

#### I. Rechtsordnung.

Was ist unter Rechtsordnung zu verstehen? Die Gesamtheit der staatlichen Normen<sup>4)</sup>? Der Charakter der Erzwingbarkeit<sup>5)</sup>? Das Bewußtsein der Rechtsgemeinschaft von der Verbindlichkeit der Rechtsordnung<sup>6)</sup>? Soll eine Übereinstimmung von Recht und Gerechtigkeit erreicht werden? Soll "Rechtsordnung" beschränkt werden auf die fundamentalen Normen für das Gemeinschaftsleben, etwa auf die Normen, die unveräußerliche Werte schützen, oder sind auch bloße Ordnungsvorschriften erfaßt? Sind nur bestimmte Aufgaben der Rechtsordnung erfaßt? Ist hier Verteidigung der Rechtsordnung überhaupt gleichbedeutend mit Schutz der Rechtsgüter?

---

1) Eickhoff NJW 1971, 272.

2) Koch NJW 1970, 842.

3) Blutalkohol 1970, 27.

4) Vgl. Henkel S. 58; Bockelmann S. 23.

5) Vgl. Henkel S. 94; Bockelmann S. 31.

6) Larenz S. 174.

## II. Verteidigung.

Wie verhält es sich mit dem Wort Verteidigung? Damit ist gesagt, daß ein Angriff vorliegen muß<sup>1)</sup>, der abgewehrt werden soll. Aber kann der Ausdruck überhaupt wörtlich genommen werden? Wenn ja, wessen Angriff muß abgewehrt werden? Ist der abzuurteilende Täter Angreifer oder sind es andere Personen? Ist der Richter, der eine ungeeignete Strafe verhängt, als Angreifer zu betrachten? Oder vielleicht sogar der Gesetzgeber, der für den Regelfall die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe und die Versagung der Strafaussetzung in diesem Bereich verbietet? Schafft er dadurch Gefahren für die Rechtsordnung? Wie muß der Angriff beschaffen sein?

Allein aus dem finalen Kern des Begriffes Angriff kann entgegen der Ansicht von Kunert<sup>2)</sup> nicht geschlossen werden, daß als Angriff auf die Rechtsordnung nur ein bewußt rechtsfeindliches Verhalten des abzuurteilenden Täters angesehen werden kann. Richtig ist zwar, daß jeder Angriff ein Ziel haben muß. Dafür ist es aber ausreichend, daß der äußere Geschehensablauf auf eine Verletzung hinzielt. So ist es auch im Bereich der Notwehr fast einhellige Meinung, daß ein Angriff auch dann vorliegt, wenn der Angreifer weder vorsätzlich noch fahrlässig handelt<sup>3)</sup>. Aus dem Wort Angriff ist nicht zu entnehmen, daß dem Täter ein besonders hartnäckiges rechtsmißachtendes Verhalten vorzuwerfen sein muß<sup>4)</sup>.

Ebensowenig läßt sich aus dem Wortlaut herleiten, daß ein nicht unerheblicher Grad von Störung oder Bedrohung der Rechtsordnung erreicht sein muß<sup>5)</sup>. Es gehört nicht zum Wesen eines Angriffs, daß er besonders schwere Folgen hat.

---

1) BayObLG NJW 1970, 1382 ff (1383); KG JR 1970, 227; Kunert MDR 1969, 709; Horstkotte NJW 1969, 1604; ders. JZ 1970, 127; Martin Blutalkohol 1970, 23.

2) MDR 1969, 710.

3) vgl. Schönke-Schröder § 53 Rdn.5; Dreher § 53 Anm. 3 A; Maurach AT S. 263; OGHSt 1, 273 f (274); aa Schaffstein MDR 1952, 136. Gegen Kunert auch BGH NJW 1971, 439; Dreher JR 1970, 229.

4) Kunert MDR 1969, 710; zustimmend OLG Stuttgart NJW 1970, 258; OLG Celle NJW 1970, 872 f (873); OLG Hamm NJW 1970, 1614 f (1615).

5) Kunert MDR 1969, 709; KG JR 1970, 227.

Stellt nicht jede Straftat einen Angriff auf die Rechtsordnung dar? <sup>1)</sup> Und dient letzten Endes nicht überhaupt das ganze Strafrecht der Verteidigung der Rechtsordnung? <sup>2)</sup>

### III. Besondere Umstände.

Was ist als besonderer Umstand anzusehen? Wie Lackner<sup>3)</sup> zutreffend ausführt, kann fast jeder Tatbestand durch eine übersehbare Anzahl unterschiedlicher Handlungen erfüllt werden. Diese lassen sich unter verschiedenen Aspekten unter Handlungstypen zusammenfassen, die sich vielfach gegenseitig überschneiden. Es ist daher fast immer möglich, einen in einer Fallgruppe vorkommenden Umstand einer Mehrheit anderer Fallgruppen gegenüberzustellen, in denen dieser Umstand fehlt, und daraus dessen Besonderheit herzuleiten. Sicher sind nur solche Umstände relevant, die eine besondere Gefahr für die Rechtsordnung begründen. Aber welche Umstände sind das?

### IV. Unerläßlich - gebietet.

Wann ist die Verteidigung der Rechtsordnung unerläßlich? Ist aus dem Wort unerläßlich nur zu entnehmen, daß andere Mittel nicht ausreichen dürfen? Oder bedeutet die scharfe Formulierung, daß bereits eine konkrete und erhebliche Gefahr für die Rechtsordnung bestehen muß? Oder genügt es schon, daß die Gefahr wahrscheinlich oder nur möglich ist? Besteht ein Unterschied zwischen "unerläßlich" und "gebietet"? Verlangt § 23 Abs. 3 StGB geringere Voraussetzungen als § 14 StGB? Wenn ja, worin besteht der Unterschied?

Der Wortlaut wirft also nur Fragen auf, beantwortet sie aber nicht.

---

1) BayObLG NJW 1970, 1382 ff (1383); Martin Blutalkohol 1970, 23.

2) OLG Oldenburg VRS 38, 426 ff (429); Schwalm JZ 1970, 491.

3) JR 1970, 4.

### 3. Kapitel

#### Notwendigkeit einer funktionellen Auslegung unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte

Eine Wortinterpretation führt also zu keiner Klärung<sup>1)</sup>. Die wenig glückliche Fassung des Gesetzes zwingt daher zu einem anderen Weg. Es ist eine funktionelle Auslegung geboten<sup>2)</sup>. Die Interpretation muß mit dem Zweck der Regelung einsetzen. Welche Funktion hat die Verhängung der kurzen Freiheitsstrafe und die Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung zur Verteidigung der Rechtsordnung? Da es hier um die Verhängung einer bestimmten strafrechtlichen Sanktion geht, muß bei den Aufgaben des Strafrechts begonnen werden. Welche Wirkung der Strafe soll gerade durch diese Maßnahme überhaupt oder in besonderer Weise erreicht werden? Dabei ist die Situation, aus der heraus die §§ 14 und 23 StGB entstanden sind, zu berücksichtigen. Darauf wird im nächsten Teil eingegangen.

---

1) BGH NJW 1971, 439; OLG Oldenburg VRS 38, 426 ff (429); Schröder JZ 1971, 242.

2) Theuerkauf NJW 1971, 602.

## Zweiter Teil

### WIE KAM ES ZU DER REGELUNG?

Die §§ 14 und 23 StGB sind das Ergebnis einer langen Diskussion um Notwendigkeit und Wert der kurzen Freiheitsstrafe. Vom Gesetzgeber entschieden wurde in diesem Bereich auch der Streit um die Berücksichtigung der Generalprävention bei der Strafzumessung. Nur vor diesem Hintergrund wird die getroffene Regelung verständlich. Die Problematik der kurzen Freiheitsstrafe und der Berücksichtigung generalpräventiver Erwägungen bei der Straffestsetzung soll daher zu Beginn dargelegt werden. Von Bedeutung sind auch die Vorschriften, die den §§ 14, 23 Abs. 3 StGB vor dem Inkrafttreten des 1. StrRG entsprochen haben, und deren Auslegung durch Rechtsprechung und Literatur. Erst daran anschließend können die einzelnen Reformvorschläge und die Beratung und die Beschlüsse des Bundestages dargestellt werden.

## 4. Kapitel

### Die Problematik der kurzen Freiheitsstrafe und der Berücksichtigung generalpräventiver Erwägungen bei der Strafzumessung

#### I. Die Problematik der kurzen Freiheitsstrafe.

Eine Freiheitsstrafe von kurzer Dauer bringt erhebliche Nachteile mit sich. Spezialpräventiv übertrifft der Schaden der kurzen Freiheitsstrafe bei weitem ihren Nutzen<sup>1)</sup>. In der Justizvollzugsanstalt ist der Verurteilte einer kriminellen Infek-

---

1) AE S. 71; Baumann, Beschränkung des Lebensstandards, S. 18.

tion ausgesetzt<sup>1)</sup>. Er muß seine Arbeitsstelle und seine Familie verlassen. Häufig geht dadurch der Arbeitsplatz verloren; der Verurteilte kann nach seiner Entlassung nicht mehr dort anknüpfen, wo er beim Strafantritt aufhören mußte<sup>2)</sup>. Nach der Verbüßung einer Freiheitsstrafe wird der Verurteilte als Krimineller angesehen<sup>3)</sup>, seine sozialen Kontakte werden abgeschnitten<sup>4)</sup>. Eine Resozialisierung des Täters wird durch eine kurze Freiheitsstrafe nicht bewirkt. In der Regel sind mit einer Freiheitsentziehung verbundene resozialisierende Maßnahmen hier nicht erforderlich, da mit kurzen Freiheitsstrafen meist nur sogenannte Gelegenheitstäter bestraft werden<sup>5)</sup>. Selbst wenn eine solche Resozialisierung erforderlich ist, so ist sie von vornherein zum Scheitern verurteilt, weil die Zeit zu kurz ist, um nachhaltig auf den Verurteilten einzuwirken<sup>6)</sup>. Dagegen wird durch den Vollzug der kurzen Freiheitsstrafe die Resozialisierung der zu längerer Freiheitsstrafe Verurteilten erschwert, weil in den Justizvollzugsanstalten ein ständiger Wechsel stattfindet, die Anstalten überbelegt sind und das Anstaltspersonal überlastet ist<sup>7)</sup>. Zumeist trifft auch die Freiheitsstrafe die Familie des Verurteilten besonders schwer und führt, wie Naegeli<sup>8)</sup> es ausdrückt, praktisch zu einer eigentlichen Sippenhaft der engsten Angehörigen.

Als Ersatz für die kurze Freiheitsstrafe bietet sich die Geldstrafe an. Aber auch diese Strafart bringt zahlreiche Nachteile mit sich, die Zipf<sup>9)</sup> zusammengestellt hat. Eine Geldstrafe, die der Tat angemessen ist, kann so hoch sein,

---

1) AE S. 71; Baumann, Beschränkung des Lebensstandards, S. 18.

2) AE S. 71; Baumann, Beschränkung des Lebensstandards, S. 18.

3) AE S. 71.

4) Baumann, Beschränkung des Lebensstandards, S. 18.

5) Baumann, Beschränkung des Lebensstandards, S. 17/18; Grünwald ZStW 1968, 108.

6) AE S. 71.

7) AE S. 73; Baumann, Beschränkung des Lebensstandards, S. 16/17; Eb. Schmidt NJW 1967, 1933.

8) S. 65.

9) Zipf S. 26 ff.

daß die Bezahlung dem Täter nicht zugemutet werden kann<sup>1)</sup>. Der Reiche wird durch die Geldstrafe in der Regel weniger getroffen als der Arme<sup>2)</sup>. Das kann soweit gehen, daß der Arme bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßen muß<sup>3)</sup>, was dem Reichen oder demjenigen erspart bleibt, für den ein anderer bezahlt. Damit ist ein weiteres Problem der Geldstrafe angesprochen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß die Strafe von einem Dritten bezahlt wird und damit den Täter das Strafübel nicht trifft<sup>4)</sup>. Aber auch wenn der Täter selbst bezahlt, treffen die Folgen der Vermögensminderung häufig nicht nur ihn sondern auch und in manchen Fällen vielleicht sogar in erster Linie seine Familie<sup>5)</sup>. Die Geldstrafe entfaltet auch bei manchen Tätern eine geringere Abschreckungswirkung als die kurze Freiheitsstrafe<sup>6)</sup>. Unter Umständen kann die kurze Freiheitsstrafe als Schockstrafe ihre Berechtigung haben<sup>7)</sup>. Schließlich ist auch der Einwand von Lackner nicht völlig von der Hand zu weisen, daß in der Bevölkerung eine gewisse Überzeugung vorhanden ist, daß nicht Rechtsbrüche aller Art mit Geld abgemacht werden können<sup>8)</sup>.

Der unterschiedslosen Anwendung der Geldstrafe stehen daher ebenso große Bedenken entgegen wie der unterschiedslosen Anwendung der kurzen Freiheitsstrafe<sup>9)</sup>. Die Schwierigkeit, vor der der Gesetzgeber bei seiner Reform stand, war es also, den Anwendungsbereich der beiden Strafarten so abzugrenzen, daß ihre Nachteile möglichst weitgehend vermieden werden.

---

1) Zipf S. 27.

2) Zipf S. 29.

3) Zipf S. 34; vgl. aber § 29 Abs. 4 StGB.

4) Schönke-Schröder (13. Aufl.) § 27b Rdn. 9; Zipf S. 31.

5) BayObLG NJW 1964, 2120 f (2121); Zipf S. 31.

6) Grünwald ZStW 1968, 108.

7) Jescheck ZStW 1968, 65.

8) Lackner JZ 1963, 619.

9) Jescheck ZStW 1968, 65.

## II. Die Problematik der Berücksichtigung generalpräventiver Erwägungen bei der Strafzumessung.

### 1. Nur ein Aspekt der Generalprävention stand in der Diskussion.

Der Begriff der Generalprävention ist vielschichtig und wird auch nicht immer in demselben Sinne gebraucht. Generalpräventiv wirkt die Strafdrohung<sup>1)</sup>, die Strafverhängung<sup>2)</sup> und die Strafvollstreckung<sup>3)</sup>. Die hier interessierende Diskussion betrifft nur den Aspekt der Generalprävention durch den Strafausspruch, der natürlich seinerseits Einfluß hat auf die generalpräventive Wirkung der Strafdrohung und der Strafvollstreckung, indem er der Strafvollstreckung vorausgehen muß und damit Voraussetzung für die Verwirklichung der Strafdrohung ist<sup>4)</sup>.

Auch die generalpräventiven Wirkungen des Strafausspruchs sind verschiedener Art. Darüber wird später noch ausführlich zu sprechen sein. Die Diskussion betrifft nur einen Aspekt. Es geht um das Problem der Erregung und Unterhaltung von Furcht vor der Strafe, durch die potentielle Täter von der Begehung der Straftat abgeschreckt werden sollen. Daß die Strafe eine generalpräventive Wirkung in diesem Sinne hat, ist allgemein anerkannt<sup>5)</sup>. Bestritten ist, ob diese Wirkung durch eine schwerere Bestrafung des abzuurteilenden Täters besser erreicht werden kann. Die Frage lautet: Soll, kann

---

1) Maurach AT S. 51; Zipf S. 58; Mezger-Blei S. 339.

2) Welzel S. 242; Jescheck S. 43; Schmidhäuser, Lehrb. S. 36; Peters S. 82.

3) Maurach AT S. 51; Zipf S. 58; Mezger-Blei S. 339.

4) Vgl. z.B. Feuerbach S. 20: Rechtsgrund der Zufügung (des Strafübels) ist die vorhergegangene Drohung des Gesetzes.

5) Das wird auch von denjenigen zugegeben, die eine besondere Berücksichtigung der Generalprävention bei der Strafzumessung im Einzelfall ablehnen. Vgl. z.B. Schmidhäuser, Lehrb. S. 36; Eb. Schmidt MatStrRef Bd. I. S. 19; Preiser Mezger-Festschrift S. 75; Bruns v. Weber-Festschrift S. 89.

und darf durch die Verhängung einer schwereren Strafe im Einzelfall bei potentiellen Tatern eine größere Furcht erregt werden, die dann mehr Personen von der Übertretung des Gesetzes abhält? Wenn in diesem Kapitel von Generalprävention gesprochen wird, ist dieser Aspekt gemeint, die sogenannte Generalprävention im engeren Sinn oder Generalprävention an sich<sup>1)</sup>.

## 2. Die Notwendigkeit der Berücksichtigung der Generalprävention.

Von den Befürwortern der Berücksichtigung generalpräventiver Erwägungen wird vor allem deren Notwendigkeit angeführt. Nach der Meinung von Welzel<sup>2)</sup> ist eine besondere Berücksichtigung vor allem in Zeiten von Verbrechensepidemien wichtig. Es muß auch vermieden werden, daß sich jeder Rechtsbrecher darauf verlassen kann, daß er wenigstens bei der ersten Tat mit einer Geldstrafe davonkommt bzw. daß ihm eine etwaige Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt wird<sup>3)</sup>. Richtiger wäre es noch zu sagen, nicht bei der ersten Tat, sondern bei der ersten entdeckten Tat. Gerade bei Delikten mit geringer Aufklärungsquote ist es nicht unbedenklich, wenn der Täter von vorneherein einer milden Bestrafung sicher sein kann. Besondere Bedeutung kommt dem Gedanken der Generalprävention zu, wenn bei der Strafzumessung weniger auf eine gerechte Vergeltung als auf die Spezialprävention abgestellt wird. Ein nur auf Spezialprävention hin orientiertes Strafrecht kann, worauf Baumann<sup>4)</sup> hinweist, in zahlreichen Fällen schwerster Rechtsgüterverletzungen nicht reagieren.

Gegen die Notwendigkeit der Berücksichtigung der Generalprävention bei Verbrechensepidemien wird angeführt, daß in solchen Fällen eine erhöhte Widersetzlichkeit gegen die Staats-

---

1) vgl. Schröder JZ 1971, 241 und OLG köln NJW 1970, 258 ff (259).

2) S. 242.

3) Petters-Preisendanz § 23 Anm. 5.

4) DRiZ 1970, 3.

autorität und damit eine größere Schuld vorliegt<sup>1)</sup>. Die Berücksichtigung der Generalprävention sei daher nicht erforderlich. Dagegen bestehen aber Bedenken. Zunächst versagt dieser Weg, wenn aus spezialpräventiven Gründen bei der Strafzumessung hinter dem Schuldmaß zurückgeblieben wird. Es erscheint auch zweifelhaft, ob die Begehungshäufigkeit tatsächlich eine größere Schuld begründet. Gerade wenn ein Delikt häufig begangen wird, fällt es dem Täter schwerer, der Versuchung zu widerstehen, da dann zu den anderen Motivationen für die Übertretung des Gesetzes noch der Nachahmungsreiz hinzukommt und die Widerstandskraft des Täters geringer wird, weil es ja andere auch tun. Hier könnte eher eine Milderung der Schuld in Erwägung gezogen werden. Das Strafgesetz verlangt unabhängig von der Begehungshäufigkeit seine strikte Befolgung. Daß eine allgemeine Notlage zu einer mildernden Bestrafung der Einzeltat zwingen kann, räumt auch Zipf<sup>2)</sup> ein.

### 3. Die Zweckmäßigkeit der Berücksichtigung der Generalprävention.

Hervorgehoben werden die Nachteile und Schwierigkeiten der Verwertung generalpräventiver Gedanken bei der Strafzumessung. Die schwerere Strafe erhöht die Auflehnung des Verurteilten gegen die Strafe als gerechte Sühne<sup>3)</sup>. Der Strafrichter läuft Gefahr, durch die höhere Strafe Märtyrer zu schaffen und damit in bestimmten Fällen statt abzuschrecken die bekämpften Kräfte immer mehr anzufachen<sup>4)</sup>. Diese Gefahr geht allerdings von jeder Strafe aus, die den Anhängern des verurteilten als besonders hoch oder überhaupt nicht gerechtfertigt erscheint, gleichgültig womit sie begründet wird.

Hingewiesen wird auch auf die tatsächlichen Schwierigkeiten, die die Berücksichtigung der Generalprävention mit sich

---

1) Zipf S. 60/61.

2) S. 61.

3) Zipf S. 61.

4) Dreher, Gerechte Strafe, S. 121.

bringt<sup>1)</sup>. Liegt überhaupt ein Bedürfnis nach Generalprävention vor? Wird die Tat andere Menschen zu ähnlichen Taten verführen? Besteht die Gefahr, daß sich Taten dieser Art verbreiten können, oder sind sie schon so verbreitet, daß einer weiteren Ausbreitung mit entsprechender Strafe vorgebeugt werden muß? Wie muß die Strafe bemessen sein?. Eb. Schmidt<sup>2)</sup> hält es für völlig undenkbar, daß die generalpräventive Urteilsschärfung nach auch nur einigermaßen einheitlichen und sachlich kriminalpolitischen Grundsätzen gesteuert werden kann. Die Folge davon seien Zufallsschärfungen, die den Stempel der Willkür und Ungerechtigkeit an der Stirn trügen. Der Richter muß hier, um richtig zu entscheiden, zum Massenpsychologen<sup>3)</sup> und Politiker<sup>4)</sup> werden.

#### 4. Die generalpräventive Wirkung der konkreten Strafe.

Die entscheidende Frage ist: Entfaltet eine höhere Strafe überhaupt eine größere generalpräventive Wirkung? Es gibt keine überzeugenden Forschungsergebnisse über den Mechanismus der generalpräventiven Wirkung, die von der Verhängung einer konkreten Strafe ausgeht<sup>5)</sup>. Es kann durchaus nicht als pädagogische Binsenweisheit<sup>6)</sup> bezeichnet werden, daß Strafart und Strafmaß je nach ihrer Abstufung unterschiedlich intensiv wirksam sind. Dieser Glaube mag zwar weit verbreitet sein, ein Nachweis dafür liegt aber nicht vor. Ein solcher Nachweis läßt sich auch mit Statistiken kaum sicher erbringen. Zwar ist seit dem Inkrafttreten des 1. StrRG und der damit verbundenen Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe eine erhebliche Zunahme der Verkehrsdelinquenz zu verzeichnen<sup>7)</sup>. Aber beruht diese Zunahme auf der zunehmen-

---

1) vgl. Dreher, Gerechte Strafe, S. 119 f; Zipf S. 62; Bruns v. Weber-Festschrift S. 78.

2) MatStrRef Bd. I S. 18.

3) Dreher, Gerechte Strafe, S. 120; Bruns v. Weber-Festschrift S. 78.

4) Dreher, Gerechte Strafe, S. 121; Bruns v. Weber-Festschrift S. 78.

5) Eb. Schmidt MatStrRef Bd. I S. 18; ders. ZStW 1955, 195; Bruns S. 306, 307; Lackner 1970, 8.

6) Schnebele Blutalkohol 1969, 339.

7) vgl. die Statistiken bei Behnke Blutalkohol 1969, 339, Schnebele Blutalkohol 1969, 437 und Schoene NJW 1970, 2241 f.

den Verhängung von Geldstrafen statt von Freiheitsstrafen? Wachsender Alkoholismus und die Zunahme der Kraftfahrzeuge können auch die Ursache sein<sup>1)</sup>. Andere Untersuchungen haben ergeben, daß die zunehmende Verhängung kurzer Freiheitsstrafen vor dem Inkrafttreten des 1. StrRG keinen nachweisbaren erzieherischen Effekt hat erkennen lassen<sup>2)</sup>.

Es gibt auch Fälle, in denen jede Abschreckung von vorneherein wirkungslos ist<sup>3)</sup>. Dazu führt Dreher<sup>4)</sup> aus, daß die Taten, denen mit Abschreckungsstrafen begegnet werden soll, fast immer aus den allgemeinsten stärksten Instinkten des Menschen entstehen, aus dem Triebe zum Essen und Trinken und aus sexuellen Trieben, oder daß es Taten sind, die ihren Grund in religiösen oder politischen Überzeugungen haben. Dagegen ist die Strafe in der Regel ein schwaches Mittel, das bestenfalls abbremsen, aber keine festen Schranken setzen kann. Berufsverbrecher und impulsive Augenblickstäter lassen sich durch die Strafdrohung nicht beeinflussen<sup>5)</sup>.

Die generalpräventive Wirkung erscheint auch deshalb zweifelhaft, weil der Strafprozeß erst lange nach der Tat durchgeführt wird<sup>6)</sup>. Die ausführlichen Veröffentlichungen in den Massenmedien betreffen meist nur Skandalprozesse<sup>7)</sup>. Allerdings wird sich eine strengere Strafjustiz mit der Zeit herumsprechen<sup>8)</sup>. Die generalpräventive Wirkung einer konkreten Bestrafung wird auch dadurch beeinträchtigt, daß sich ein Urteil nur schwer verallgemeinern läßt<sup>9)</sup>. Der Mensch ist

---

1) Vgl. zum zweifelhaften Wert statistischer Untersuchungen OLG Frankfurt NJW 1971, 666 ff (668).

2) Kaiser S. 410.

3) Rich. Schmidt S. 44; Dreher, Gerechte Strafe, S. 120.

4) Gerechte Strafe, S. 120/121.

5) Roxin Jus 1966, 380.

6) Zipf S. 62.

7) Dreher, Gerechte Strafe, S. 120; Zipf S. 62.

8) Eb. Schmidt MatStrRef Bd. I S. 18.

9) Zipf S. 62.

auch kein rein rationales Wesen, das die zu erwartende Strafe scharf einkalkuliert<sup>1)</sup>. Vor allem aber faßt der sich entschließende Täter weniger die zu erwartende Strafe ins Auge als die Möglichkeit seiner Entdeckung und Überführung<sup>2)</sup>. Entscheidend ist nicht, mit welchen Mitteln der Staat auf das Verbrechen reagiert, sondern daß er überhaupt reagiert<sup>3)</sup>.

## 5. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Berücksichtigung der Generalprävention.

a) Eine völlige Unzulässigkeit der Berücksichtigung generalpräventiver Erwägungen bei der Strafzumessung wird vor allem aus Art.1 Abs.1 GG abgeleitet<sup>4)</sup>. Nach dieser Meinung wird bei der Berücksichtigung der Generalprävention stets die Würde des Menschen verletzt, weil der Täter als bloßes Mittel zur Abschreckung anderer benutzt und damit vom Subjekt zum Objekt degradiert wird. Auch wird ein Verstoß gegen den Gerechtigkeitsgrundsatz des Art. 20 Abs.3 GG angenommen<sup>5)</sup>, weil gerade ein Täter herausgegriffen wird, um an ihm ein Exempel zu statuieren. Er sei für die anonyme Masse der Dritten nicht verantwortlich, die durch die schwere Strafe beeindruckt werden soll. Schließlich werden Bedenken aus dem Prinzip der Gewaltenteilung hergeleitet<sup>6)</sup>. Bei der Berücksichtigung generalpräventiver Gesichtspunkte müsse sich der Richter an einem größeren Raum orientieren und kriminalpolitisch entscheiden. Das sei aber ausschließlich Aufgabe des Gesetzgebers.

---

1) Welzel S. 242; Bockelmann JZ 1951, 495.

2) Welzel S. 242; Bockelmann JZ 1951, 495; Zipf S. 62; AE S. 71; Eb. Schmidt MatStrRef Bd. I S. 18; Naegeli S. 70; Schmidhäuser, Lehrb., S. 640; Schnebele Blutalkohol 1969, 437; Dede MDR 1970, 724.

3) Naegeli S. 72.

4) Bruns S. 326; ders. v. Weber-Festschrift S. 89; Badura JZ 1964, 342/343; Zipf S. 59/60; Coors S. 20.

5) Eb. Schmidt MatStrRef Bd. I S. 18; Roxin JuS 1966, 380;

6) Zipf S. 63.

b) Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt Hardwig<sup>1)</sup>. Nach seiner Meinung ist eine generalpräventive Schärfung der Strafe selbst dann zulässig, wenn das eigentliche Schuldmaß überschritten wird. Er führt aus, daß der Täter als Mitglied der Rechtsgemeinschaft für derer guten Zustand mitverantwortlich sei. Das Verbrechen wirke in die Gesellschaft hinein. Der Täter sei ein lebendiges Beispiel und deshalb auch würdig, daß an ihm ein Exempel statuiert wird, wenn dies um der Gemeinschaft willen erforderlich scheint. Hierdurch werde er nicht nur als Mittel zum Zweck benutzt, sondern als das anerkannt, was er mit seinem Wirken und mit den Folgen seiner Tat ist: ein verantwortliches Mitglied der Rechtsgemeinschaft<sup>2)</sup>.

c) Nach der überwiegenden Meinung können generalpräventive Erwägungen zwar bei der Strafbemessung Einfluß haben. Ein Hinausgehen über das schuldangemessene Strafmaß wird aber für unzulässig gehalten.

Herrschend ist die sogenannte Spielraumtheorie<sup>3)</sup>, die vor allem von der Rechtsprechung vertreten wird. Diese Theorie geht davon aus, daß sich die genau schuldangemessene Strafe nie exakt bestimmen läßt. Es besteht nur eine Grenze, von der ab eine Strafe nicht mehr schuldangemessen ist, und eine Grenze, von der ab die Strafe noch nicht schuldangemessen ist. Innerhalb dieses Rahmens können nach dieser Lehre generalpräventive Erwägungen berücksichtigt werden.

Einen anderen Weg geht Stree<sup>4)</sup>. Sein Ausgangspunkt ist, daß die Strafe die Schuld häufig nicht ausschöpft. Das sei dann der Fall, wenn die Aufgabe des Strafrechts, einem geordneten

---

1) Mschr.Krim. 3959, 12/13.

2) vgl. Nowakowski, Rittler-Festschrift S. 63, der die erhöhte Strafe als Ersatzleistung für den vom Täter verursachten ideellen Schaden ansieht.

3) Vgl. z.B. BGHSt 7, 28 ff (32); BGH MDR 1956, 180; weitere Nachweise bei Dreher § 13 Anm. 3 B a.

4) Stree S. 42 - 45.

menschlichen Zusammenleben zu dienen, keine so hohe Strafe verlangt, wie es dem Maß der Schuld entspräche. Erfordere aber der Schutz der Allgemeinheit wegen des mutmaßlichen Verhaltens anderer ein unnachsichtiges Eingreifen und daher eine Strafe, die dem nach der Tatschuld gebotenen Maß voll oder annähernd entspricht, so könne der Täter nicht einwenden, er sei zum Mittel, zur Sache herabgewürdigt worden. Ihm widerfahre nur das, was seiner Tatschuld entspreche.

### III. Zusammenfassung.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß sowohl die kurze Freiheitsstrafe als auch die Geldstrafe erhebliche Nachteile mit sich bringen. Im Hinblick auf die Wirkung einer aus generalpräventiven Gründen verschärften Strafe lagen dem Gesetzgeber keine wissenschaftlich fundierten Untersuchungen vor. Zweckmäßigkeit und verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer generalpräventiven Strafschärfung sind bestritten. Die Problematik wird im nächsten Kapitel verdeutlicht durch einen Blick auf die §§ 27b, 23 Abs. 3 Nr. 1 StGB aF.

## 5. Kapitel

### Die §§ 27 b, 23 Abs.3 Nr.1 StGB aF und ihre Auslegung

#### I. § 27 b StGB aF.

§ 27 b StGB aF wurde in das StGB eingefügt durch das Geldstrafengesetz vom 27. 4. 1923 (RGBl. I 254). Die Änderungen durch das Gesetz über Vermögensstrafen und Bußen vom 13. 10. 1923 (RGBl. I 943), die Verordnung über Vermögensstrafen und Bußen vom 6. 2. 1924 (RGBl. I 44) und das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. 8. 1953 (BGBl. I 735) interessieren in diesem Zusammenhang nicht. Sie betrafen die Höhe der Geldstrafe und die Anwendbarkeit der Vorschrift im Militärstrafrecht.

§ 27 b StGB aF entsprach dem § 14 StGB. § 27 b StGB aF lautete vor dem Inkrafttreten des 1. StrRG:

Ist für ein Vergehen oder eine Übertretung, für die an sich eine Geldstrafe überhaupt nicht oder nur neben Freiheitsstrafe zulässig ist, Freiheitsstrafe von weniger als drei Monaten verwirkt, so ist an Stelle der Freiheitsstrafe auf Geldstrafe (§§ 27, 27 a) zu erkennen, wenn der Strafzweck durch eine Geldstrafe erreicht werden kann.

a) Diese Formulierung wurde dahin ausgelegt, daß damit nicht gesagt sein soll, daß nur ein Strafzweck zu berücksichtigen ist. Geldstrafe durfte vielmehr nur dann verhängt werden, wenn durch sie alle Strafzwecke in vollem Umfang erreicht werden, also nicht nur die gerechte Sühne für das begangene Unrecht, sondern auch die Wirkung auf den Angeklagten und auf Dritte, insbesondere den Verletzten<sup>1)</sup>.

---

1) RGSt 59, 51 f (52); 61, 417; 64, 108 ff (110); 65, 308 f 309; BayObLG MDR 1966, 395 f (394); OLG Köln NJW 1966, 1326 f (1327); Schönke-Schröder. (13. Aufl.), § 27b Rdn.8; Schwarz-Dreher § 27b Anm. 1 B; LK § 27b Anm. 1 d; Pfeiffer-Maul-Schulte § 27b Rdn. 1; Bruns S. 312; Maurach AT S. 692.

Das würde bedeuten, daß generalpräventive Gründe ausreichen würden, um von der Verhängung einer Geldstrafe abzusehen. Ohne sich damit aber ausdrücklich auseinanderzusetzen, vertrat jedoch der BGH<sup>1)</sup> die Ansicht, daß die Nichtanwendung des § 27 b StGB aF lediglich aus Gründen der allgemeinen Abschreckung ohne Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Angeklagten rechtlich fehlerhaft sei. Der Strafzweck der Generalprävention war danach für sich allein und isoliert betrachtet nicht geeignet, eine Geldstrafe auszuschießen.

b) Anerkannt war, daß es nicht auf die Wirkung der Strafvollstreckung, sondern auf die Wirkung des Strafausspruchs ankam, da Strafzweck nicht gleichbedeutend mit Strafvollstreckung ist<sup>2)</sup>.

c) Einig war man sich auch darüber, daß bei der Entscheidung, ob Freiheitsstrafe oder Geldstrafe zu verhängen ist, grundsätzlich nicht auf die Zahlungsfähigkeit des Täters abzustellen ist<sup>3)</sup>.

Geteilt waren die Meinungen jedoch zu der Frage, ob Geldstrafe dann ausgeschlossen ist, wenn erwartet werden muß, daß sie nicht vom Täter, sondern von einem Dritten bezahlt wird. Eine Meinung wollte auch hier Geldstrafe verhängen<sup>4)</sup>. Zur Begründung wurde eine Parallele zu dem Fall gezogen, daß ein Reicher von einer Geldstrafe nicht genügend getroffen wird oder daß bei ungünstigen wirtschaftlichen Verhältnissen nur eine unangemessen geringe Geldstrafe verhängt werden kann<sup>5)</sup>. Hier

---

1) BGH DAR 1954, 17 f (18); VRS 5, 452 ff (455); ebenso Kohlrausch-Lange § 27 b Anm. V.

2) RGSt 59, 51 f (52); BayObLG NJW 1964, 2120 f (2121); Schwarz-Dreher § 27 b Anm. 1 B.

3) RGSt 65, 229 f (230); BGH bei Dallinger MDR 1951, 657; BGH GA 1968, 84; BayObLG NJW 1964, 2120; Schönke-Schröder (13. Aufl.) § 27 b Rdn. 8; Schwarz-Dreher § 27 b Anm. 1 B; Maurach AT S. 692.

4) BayObLG NJW 1964, 2120 f (2121); Schönke-Schröder (13. Aufl.) § 27 b Rdn. 9; Kohlrausch-Lange § 27 b Anm. V.

5) BayObLG NJW 1964, 2120 f (2121); Schönke-Schröder (13. Aufl.) § 27 b Rdn. 9.

verstoße es gegen den Gleichheitssatz, wenn wegen der wirtschaftlichen Verhältnisse auf eine schwerere Straftat erkannt wird<sup>1)</sup>. Auch wenn ein Dritter die Geldstrafe bezahle, bleibe für den Täter ein Strafübel, weil der den Belastungen ausgesetzt sei, welche die Verurteilung zu einer Kriminalstrafe für Ansehen und Fortkommen mit sich bringt<sup>2)</sup>. Die Gegenmeinung<sup>3)</sup> beruft sich darauf, daß der Strafzweck einer Geldstrafe nicht erreicht werden kann, wenn sie von einem Dritten bezahlt wird, weil das Strafübel dann auf den Dritten überbürdet werde<sup>4)</sup>. Die von den Befürwortern einer Geldstrafe gezogene Parallele wird nicht anerkannt, da in jenen Fällen das Strafübel den Verurteilten trifft, während es hier abgewälzt wird<sup>5)</sup>.

d) Der Ausschluß bestimmter Vergehen oder Übertretungen von der Verhängung von Geldstrafe wurde als unzulässig angesehen<sup>6)</sup>.

e) Blieben Zweifel, ob der Strafzweck durch eine Geldstrafe erreicht werden kann, so war Freiheitsstrafe zu verhängen<sup>7)</sup>.

## II. § 23 Abs.3 Nr.1 StGB aF.

§ 23 Abs. 3 Nr.1 StGB aF, der dem heutigen § 23 Abs.3 StGB entspricht, wurde durch Art.2 Nr.4 des Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes (BGBl. I 735) in das StGB aufgenommen. Strafaussetzung zur Bewährung durfte danach nicht angeordnet werden, wenn "das öffentliche Interesse die Vollstreckung der Strafe erfordert".

---

1) BayObLG NJW 1964, 2120 f (2121).

2) BayObLG NJW 1964, 2120 f (2121).

3) RGSt 65, 308 f (309); Schwarz-Dreher § 27b Anm. 1 B; Zipf MDR 1965, 633.

4) RGSt 65, 308 f (309); Zipf MDR 1965, 633.

5) Zipf MDR 1965, 633.

6) RGSt 65, 229 f (230); Kohlrausch-Lange § 27b Anm. V mit weiteren Nachweisen.

7) RGSt 59, 51 f (52); 65, 229 f (230); BayObLG NJW 1964, 2120; Schwarz-Dreher § 27b Anm. 1 B.

a) Damit sollte zum Ausdruck gebracht werden, daß gegenüber der spezialpräventiven Regelung die Gesamtheit aller übrigen maßgeblichen Strafzwecke zu berücksichtigen ist<sup>1)</sup>.

"Dem Richter obliegt es, die Gestaltung der Tat mit all ihren Begleitumständen, den Unrechtsgehalt, die Folgen für den Verletzten und die Wirkung der Tat auf die allgemeine Rechtsüberzeugung gegen die Bewertung der Persönlichkeit des Täters sorgsam abzuwägen." 2)

b) Der Ausschluß bestimmter Gruppen von Delikten wurde einmütig als unzulässig betrachtet<sup>3)</sup>; ebenso der Ausschluß bestimmter Tätergruppen<sup>4)</sup>. Als gegen das Verbot, bestimmte Gruppen von Straftaten von der Strafaussetzung auszuschließen, verstoßend wurde es nicht angesehen, wenn für bestimmte Delikte das öffentliche Interesse mit der Begründung bejaht wurde, daß die Zunahme dieser Straftaten es geboten erscheinen lasse, einen strengen Maßstab anzulegen und nur unter besonderen Umständen Strafaussetzung zu gewähren<sup>5)</sup>.

c) Gesichtspunkte, die bereits bei der Festsetzung des Strafrahmens vom Gesetzgeber berücksichtigt worden sind, dürfen nicht noch einmal verwertet werden<sup>6)</sup>.

d) Die Generalprävention war für sich allein kein selbständiger Versagungsgrund für die Strafaussetzung zur Bewährung<sup>7)</sup>. Jedoch war die Rechtsprechung in der Frage, in welchem Aus-

---

1) Schönke-Schröder (13. Aufl.) § 23 Rdn. 27.

2) BGH VRS 17, 20 f (21); VRS 17, 21 ff (24). Dem Sinne nach ebenso: BGHSt 22, 192 ff (198); KG VRS 23, 13; Schwarz-Dreher § 23 Anm. 2 B b; Schönke-Schröder (13. Aufl.) § 23 Rdn. 27; Maurach AT S. 744 jeweils mit weiteren Nachweisen.

3) BGHSt 6, 125 ff (126); 6, 298 f (299); 22, 192 ff (196); Schwarz-Dreher § 23 Anm. 2 B b; Schönke-Schröder (13. Aufl.) § 23 Rdn. 28; Maurach AT S. 744 jeweils mit weiteren Nachweisen.

4) Maurach AT S. 744 mit weiteren Nachweisen.

5) BGH VRS 18, 423 ff (425).

6) BGH NJW 1958, 1100, VRS 24, 118 f (119); Schönke-Schröder (13. Aufl.) § 23 Rdn. 27.

7) OLG Bremen DAR 1962, 210; OLG Celle NJW 1969, 758; Schönke-Schröder (13. Aufl.) § 23 Rdn. 27; Schwarz-Dreher § 23 Anm. 2 B b; LK § 23 Anm. 3 a mit weiteren Nachweisen.

maß die Generalprävention zu berücksichtigen ist, nicht einheitlich. Der 4. StS des BGH war zunächst<sup>1)</sup> der Ansicht, das öffentliche Interesse an der Strafvollstreckung könne nur durch schwerwiegende, dem Einzelfall entnommene Gründe gerechtfertigt werden, die nicht bloß auf dem Gedanken der Allgemeinabschreckung beruhen dürften. Nur bei der Bewertung der Schwere der Tat könne neben der Berücksichtigung aller begleitender Umstände schließlich auch der Abschreckungszweck der Strafe berücksichtigt werden. Demgegenüber entschied der 3. StS des BGH<sup>2)</sup>, daß in schweren Fällen von Verkehrsstraftaten der Abschreckungsgedanke wegen der bedrohlichen Zunahme solcher Delikte die Vollstreckung erfordern könne. Dem ist der 4. StS in seinen späteren Entscheidungen<sup>3)</sup> unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung gefolgt. In letzter Zeit<sup>4)</sup> hob der 4. StS wieder besonders hervor, daß die Versagung der Strafaussetzung nur durch schwerwiegende, dem Einzelfall entnommene Gründe gerechtfertigt wird. Die Notwendigkeit einer Abwägung der Tat gegen die Persönlichkeit wird besonders unterstrichen. Bei einem Durchschnittsfall der Trunkenheit im Straßenverkehr steht das öffentliche Interesse der Strafaussetzung grundsätzlich nicht im Wege.

Auch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte verlief nicht einheitlich. Das OLG Braunschweig<sup>5)</sup> rückte die allgemeine Abschreckung soweit in den Vordergrund, daß eine günstige Beurteilung der Täterpersönlichkeit überhaupt nicht zu erwörtern sei. Die OLGe Celle<sup>6)</sup>, Bremen<sup>7)</sup>, Köln<sup>8)</sup> und Koblenz<sup>9)</sup> verlangten in jedem Fall eine allseitige Prüfung von Tat und Täter unter Abwägung aller Strafzwecke. Das OLG Bremen<sup>10)</sup> bezeichnet den Strafzweck der allgemeinen Abschreckung als

---

1) NJW 1955, 996; DAR 1956, 51; vgl. zur Entwicklung der Rspr. auch Coors S. 9-12.

2) BGHSt 6, 125 ff (126/127).

3) MDR 1957, 369; BGHSt 11, 393 ff (396).

4) BGHSt 22, 193 ff (198).

5) NJW 1955, 879.

6) NJW 1955, 1450; DAR 1956, 248 f (249).

7) DAR 1959, 211 f (212).

8) NJW 1955, 802.

9) MDR 1969, 406 f (407).

10) NJW 1962, 928.

lediglich eines der - wenn auch im Vordergrund stehenden- Elemente der richterlichen Wertung. Das OLG Köln<sup>1)</sup> berücksichtigte bei der Abwägung, ob gerade der vorliegende Einzelfall geeignet ist, an ihm das öffentliche Interesse zu exemplifizieren.

### III. Zusammenfassung.

a) Generalpräventive Überlegungen reichten weder bei § 27 b StGB aF noch bei § 23 Abs.3 Nr.1 StGB aF für sich allein aus, um die Versagung einer Geldstrafe oder der Strafaussetzung zu begründen. Bei der Berücksichtigung der Generalprävention hat sich keine einheitliche Linie gebildet. Generalpräventive Überlegungen wurden aber stets angestellt und standen zum Teil im Vordergrund.

b) Besonderes Interesse verdient die Entwicklung der Zahl der kurzen Freiheitsstrafen, die unter der Geltung der §§ 27 b, 23 Abs.3 Nr.1 StGB aF verhängt bzw. vollstreckt wurden. Der Anteil der Freiheitsstrafen bis zu drei Monaten an der Gesamtzahl der zu vollziehenden Freiheitsstrafen stieg von 1957 bis 1965 von 62,7 % auf 72,9 %<sup>2)</sup>. Nur 12,3 % der zu vollziehenden Freiheitsstrafen überstiegen 1965 neun Monate (1957: 16,8 %)<sup>3)</sup>. 1923 betrug der Anteil der Freiheitsstrafen unter drei Monaten 46,4 %, 1952 51,6 %<sup>4)</sup>. Der Anteil der ausgesetzten Freiheitsstrafe an der Gesamtzahl der Freiheitsstrafen bis zu neun Monaten ging von 43,4 % im Jahre 1957 auf 35,1 % im Jahre 1965 zurück<sup>5)</sup>. Diese Zahlen zeigen, daß die §§ 27 b, 23 StGB aF nicht ausgereicht haben, um die kurze Freiheitsstrafe zurückzudrängen, daß vielmehr ~~die~~ kurze Freiheitsstrafe immer mehr Bedeutung gewann.

---

1) NJW 1955, 802.

2) Zahlen nach Grünwald ZStW 1968, 109 FBN. 66.

3) Zahlen nach Grünwald ZStW 1968, 109 FBN. 66.

4) Zahlen nach Grünwald ZStW 1968, 109 FBN. 67.

5) Zahlen nach Grünwald ZStW 1968, 110 FBN. 68.

## 6. Kapitel

### Die Reformvorschläge, die Beratungen und Beschlüsse des Bundestages

#### I. Die Große Strafrechtskommission und die Entwürfe 1958, 1960, 1962.

##### 1. Die Große Strafrechtskommission.

Die Große Strafrechtskommission sprach sich generell für die Beibehaltung der kurzen Freiheitsstrafe aus, da sie zur Sühne und Abschreckung in begrenztem Umfang nicht zu entbehren sei<sup>1)</sup>. § g Abs.1<sup>2)</sup> enthielt zwar zwei Alternativvorschläge, nämlich als Mindestmaß der Gefängnisstrafe einen oder sechs Monate. Als kurze Freiheitsstrafe von einer Woche bis zu sechs Monaten war jedoch in § n<sup>3)</sup> die Strafhaft vorgesehen.

In der Frage der Ersatzgeldstrafe brachten die Beratungen keine wesentlichen Neuerungen. Empfohlen wurde im Anschluß an einen Vorschlag von Dahs<sup>4)</sup> folgende Formulierung<sup>5)</sup>:

Ist für eine Straftat, für die an sich eine Geldstrafe überhaupt nicht oder nur neben Freiheitsstrafe zulässig ist, Freiheitsstrafe von nicht mehr als drei Monaten verwirkt, so ist an Stelle der Freiheitsstrafe auf Geldstrafe (§§ 27, 27 a) zu erkennen, wenn der Strafzweck durch eine Geldstrafe erreicht werden kann.

Der Unterschied zu § 27 b StGB aF besteht nur darin, daß die

---

1) Umdruck K 6 unter I., Niederschriften Bd. I Anhang B Nr. 21 S. 364.

2) Umdruck K 25, Niederschriften Bd. III Anhang Nr. 8 S. 341.

3) Umdruck K 25, Niederschriften Bd. III Anhang Nr. 8 S. 342.

4) Niederschriften Bd. I S. 125.

5) Umdruck R 11, Niederschriften Bd. I Anhang B Nr. 43 S. 398.

Beschränkung auf Vergehen und Übertretungen weggefallen ist und daß eine Freiheitsstrafe von genau drei Monaten ebenfalls unter die Vorschrift fällt.

Im Hinblick auf die Strafaussetzung zur Bewährung schlug die Kommission in § c Abs.1<sup>1)</sup> folgende Regelung vor:

Strafaussetzung zur Bewährung wird nicht angeordnet, wenn die Schuld des Täters oder die Aufgabe der Strafe, der Begehung von Straftaten entgegenzuwirken, die Vollstreckung der Strafe gebietet.

Mit dieser Fassung war keine sachliche Änderung gegenüber § 23 Abs.3 Nr.1 StGB aF beabsichtigt. Es sollte nur der Ausschlußgrund des öffentlichen Interesses näher konkretisiert werden<sup>2)</sup>.

## 2. Der Entwurf 1958.

Der vom Bundesjustizministerium veröffentlichte E 1958 enthielt in § 46 Abs.1<sup>3)</sup> als Mindestmaß der Gefängnisstrafe einen Monat. Auch hier war als kurze Freiheitsstrafe von einer Woche bis zu sechs Monaten die Strafhaft vorgesehen, § 51 E 1958<sup>4)</sup>.

Nach § 58 E 1958<sup>5)</sup> mußte eine Ersatzgeldstrafe verhängt werden, wenn zu erwarten ist, daß sie genügen wird, um dem Täter zur Warnung zu dienen, und weder das Maß seiner Schuld noch die Aufgabe der Strafe, der Begehung von Straftaten entgegenzuwirken, eine Freiheitsstrafe erfordern. In der Begründung<sup>6)</sup> wird hierzu ausgeführt, daß der Entwurf die maßgebenden Gesichtspunkte treffender umschreibt, als es in § 27b StGB aF durch den farblosen Hinweis geschieht, daß der Strafzweck durch eine Geldstrafe erreicht werden könne.

---

1) Umdruck K 26, Niederschriften Bd. III Anhang Nr. 13 S. 350.

2) vgl. Sieverts, Niederschriften Bd. III, Umdruck R 57, Anhang Nr. 4 S. 329/330; Lackner Niederschriften Bd. III S. 123.

3) E 1958 S. 12.

4) E 1958 S. 13.

5) E 1958 S. 13.

6) E 1958 S. 60.

Der die Strafaussetzung betreffende § 75 Abs.1 E 1958<sup>1)</sup> entspricht der Formulierung der Großen Strafrechtskommission, stellt also ebenfalls auf die Schuld und die Aufgabe der Strafe ab, der Begehung von Straftaten entgegenzuwirken. Die Begründung<sup>2)</sup> sagt dazu, daß der Entwurf anerkennt, daß gegenüber der Aussicht auf künftiges Wohlverhalten des Verurteilten sowohl das Bedürfnis nach schuldangemessener Bestrafung des Täters als auch die Aufgabe der Strafe, der Begehung von Straftaten entgegenzuwirken, ein solches Gewicht gewinnen können, daß sie die Vollstreckung der Strafe gebieten.

### 3. Die Entwürfe 1960 und 1962.

Der E 1960 und der E 1962 brachten in dem hier interessierenden Bereich keine Änderungen. Die §§ 53 Abs.1 S.1 E 1960<sup>3)</sup> und 53 Abs.1 S.1 E 1962<sup>4)</sup> entsprachen insoweit dem § 58 E 1958. Auch die Begründungen<sup>5)</sup> brachten nichts Neues.

Die §§ 72 Abs.1 E 1960<sup>6)</sup> und 72 Abs.1 E 1962<sup>7)</sup> lauteten ebenso wie § 75 Abs.1 E 1958. In den Begründungen<sup>8)</sup> besteht ebenfalls kein Unterschied zum E 1958.

## II. Der Alternativ-Entwurf.

Der AE legte das Mindestmaß der Freiheitsstrafe auf sechs Monate fest (§ 36 Abs.1 AE)<sup>9)</sup>. Eine Ausnahme bestimmte lediglich § 53 Abs.1 AE<sup>10)</sup> für den Fall, daß eine Geldstrafe

---

1) E 1958 S. 16.

2) E 1958 S. 77.

3) E 1960 S. 17.

4) E 1962 S. 17/18.

5) E 1960 S. 164; E 1962 S. 173.

6) E 1960 S. 21.

7) E 1962 S. 21.

8) E 1960 S. 188; E 1962 S. 198.

9) AE S. 13, 74.

10) AE S. 17, 100.

uneinbringlich ist und der Täter auch keine gemeinnützige Arbeit (§ 52 AE)<sup>1)</sup> leisten will.

Bei der Strafaussetzung zur Bewährung (§ 40 AE)<sup>2)</sup> wird allein auf die Persönlichkeit des Täters abgestellt.

Der AE enthält also insoweit keine Formulierung, die dem Begriff Verteidigung der Rechtsordnung entspricht. In der Begründung wird dazu ausgeführt<sup>3)</sup>, daß die spezialpräventiven Gesichtspunkte durchweg vorgezogen wurden. Die allgemein abschreckende Wirkung der Strafe sei überaus zweifelhaft und beruhe wahrscheinlich auf der Erwartung strafrechtlicher Verfolgung schlechthin, dagegen nicht auf Art und Maß der Strafe. Es verbiete sich daher, solchen unsicheren generalpräventiven Erwägungen die Resozialisierung bereits Straffälliger zu opfern.

Dennoch enthält auch der AE eine generalpräventive Klausel im Zusammenhang mit der Strafzumessung. § 59 Abs.2 AE<sup>4)</sup> bestimmt nämlich, daß das durch die Tatschuld bestimmte Maß der Strafe nur insoweit auszuschöpfen ist, wie es die Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsgemeinschaft oder der Schutz der Rechtsgüter erfordert.

### III. Die Beratungen und Beschlüsse des Bundestagssonderausschusses für die Strafrechtsreform.

a) Der Sonderausschuß ging von den Vorschlägen der §§ 53 Abs.1 S.1, 72 Abs.1 E 1962 aus. Diese Vorschriften sollten nach Sturm<sup>5)</sup> zum Ausdruck bringen, daß das Gericht eine allseitige Würdigung von Tat und Täter vornehmen und auf Grund

---

1) AE S. 17, 96.

2) AE S. 13, 78.

3) AE S. 71.

4) AE S. 18, 108.

5) Prot. 619.

dieser Würdigung entscheiden müsse. Die Formulierung stieß jedoch auf Bedenken. Güde<sup>1)</sup> führte aus, daß durch das Wort "oder" zwischen den beiden Gründen, aus denen die Strafaussetzung nach § 72 Abs.1 E 1962 unterbleiben solle, der Richter möglicherweise von der Gesamtbetrachtung abgehalten werde. Bei der Prüfung, ob unabhängig von der Schuld des Verurteilten die Aufgabe der Strafe, Straftaten entgegenzuwirken, die Vollstreckung erfordere, stünden eindeutig generalpräventive Erwägungen im Vordergrund.

b) In die Beratung eingeführt wurde dann die Formulierung des § 48 Abs.1 des Entwurfs eines österreichischen Strafgesetzbuches von 1964, wo die entsprechende Formulierung lautet: "...wenn anzunehmen ist, daß ... die Vollstreckung der Strafe ohne Nachteile für die Rechtsordnung unterbleiben kann."<sup>2)</sup> Dazu wird in der amtlichen Begründung des österreichischen Entwurfes ausgeführt<sup>3)</sup>, daß von Fall zu Fall zu prüfen sei, ob Bedürfnisse der Generalprävention die Vollstreckung der Strafe so unabweislich verlangen, daß auf die Vorteile der bedingten Strafnachsicht verzichtet werden müsse. Schafheutle glaubte, daß diese Formulierung auf nichts anderes hinauslaufe als der Ausdruck öffentliches Interesse in § 23 Abs.3 Nr.1 StGB ~~AF~~<sup>4)</sup>.

Gude erwähnte die neue Strafgesetzgebung in Schweden, wo die Formel lautet "wenn die Schwere der Tat oder sonstige Umstände dies mit Rücksicht auf die Achtung vor dem Gesetz verbietet" oder in einer plastischeren Übersetzung "wenn die Rücksicht auf die Rechtstreue des Volkes es verbietet."<sup>5)</sup> Schafheutle verwies auf eine englische Übersetzung von § 27 Sec.1 Abs.2 des schwedischen Strafgesetzbuches von 1965 und brachte die Formulierung "mit Rücksicht auf den Gehorsam der Bevölkerung gegenüber den Gesetzen"<sup>6)</sup>. Horst-

---

1) Prot. S. 619/620.

2) Schafheutle Prot. S. 620.

3) nach Schafheutle Prot. S. 620.

4) Prot. S. 622.

5) Prot. S. 620.

6) Prot. S. 621.

kotte wies auf Kap.1 § 7 des schwedischen Strafgesetzbuches hin, wo die Formel "zur Aufrechterhaltung der allgemeinen Gesetzestreue erforderlich" enthalten sei<sup>1)</sup>.

c) Schafheutle führte den Begriff "Bewährung der Rechtsordnung" ein<sup>2)</sup>. Die Formulierungshilfe des Bundesjustizministeriums vom 11. 10. 1966<sup>3)</sup> enthält die Wendungen "Bewährung der Rechtsordnung" und "Wahrung der Rechtstreue des Volkes". Der Ausdruck "Bewährung der Rechtsordnung" geht zurück auf die Große Strafrechtskommission<sup>4)</sup>.

Zum Inhalt dieses Ausdrucks führte Sturm<sup>5)</sup> aus, der Begriff beinhalte den Gedanken, daß die Strafe die Unverbrüchlichkeit des Rechts verbürgt und sichtbar macht. Darüber hinaus lasse der Ausdruck dem Gedanken des Ausgleichs der Schuld und der Generalprävention in gewissem Umfang Raum. Darin enthalten sei der Begriff "Wahrung der Rechtstreue des Volkes"<sup>6)</sup>. Die Bewährung der Rechtsordnung sei nicht absoluter Selbstzweck, sondern diene der Erhaltung der Rechtstreue des Volkes. Der Begriff "Bewährung der Rechtsordnung" sei mehr objektiv zu fassen, während der Ausdruck "Rechtstreue des Volkes" starke subjektive Elemente enthalte und daher weniger präzise sei. Nach der Meinung von Schafheutle<sup>7)</sup> und Müller-Emmert<sup>8)</sup> bringt der Begriff "Wahrung der Rechtstreue des Volkes" generalpräventive Gesichtspunkte stärker zum Ausdruck.

Müller-Emmert<sup>9)</sup> schlug vor, den Ausdruck "Schutz der Rechtsgüter" zu verwenden. Er meinte dieser Ausdruck sei spezieller und veranlasse den Richter zu der Überlegung, welches

---

1) Prot. S. 621.

2) Prot. S. 622.

3) Prot. S. 641.

4) vgl. Mezger Niederschriften Bd. I S. 32; Jescheck Niederschriften Bd. I S. 35; § 2a als Alternativvorschlag Niederschriften Bd. XII S. 571 FBN. 1.

5) Prot. S. 641.

6) ebenso Güde und Schafheutle Prot. S. 642.

7) Prot. S. 645.

8) Prot. S. 646.

9) Prot. S. 2139.

Rechtsgut speziell verletzt sei und ob es so schwerwiegend angegriffen sei, daß eine Freiheitsstrafe notwendig sei. Demgegenüber hielt Güde<sup>1)</sup> den Ausdruck "Bewährung der Rechtsordnung" für enger. Der Rechtsgutsbegriff sei problematisch und umstritten. Der Ausschuß stimmte daher der Formulierung "Bewährung der Rechtsordnung" zu.

d) Die in der 34. Sitzung angenommene Fassung enthielt neben der Bewährung der Rechtsordnung auch die Schuld des Verurteilten als Versagungsgrund für die Strafaussetzung zur Bewährung<sup>2)</sup>. Das Merkmal der Schuld ist in der zweiten Lesung im Sonderausschuß entfallen<sup>3)</sup>. Damit sollte vermieden werden, daß einem hier nicht angemessenen Vergeltungsgedanken Vorschub geleistet wird<sup>4)</sup>. Geblieben ist dagegen der Begriff der Bewährung der Rechtsordnung. Ein Antrag der Abg. Diemer-Nicolaus, die Worte "oder zur Bewährung der Rechtsordnung" zu streichen, wurde abgelehnt<sup>5)</sup>.

e) Bei den Vertretern der Länder war das Mißvergnügen über den Terminus "Bewährung der Rechtsordnung" allgemein. Die Länder Baden-Württemberg, Bayern, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein wünschten in § 14 StGB die Streichung des Passus "zur Einwirkung auf den Täter oder zur Bewährung der Rechtsordnung", weil diese Bezugspunkte nicht klar genug seien. Baden-Württemberg, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein haben beantragt, das Merkmal "zur Bewährung der Rechtsordnung" zu streichen, dagegen den Passus "zur Einwirkung auf den Täter" stehenzulassen<sup>6)</sup>. Dennoch wurde an der von Corves<sup>7)</sup> selbst als "nicht ganz glücklichen Begriff" bezeichneten Formulierung festgehalten.

---

1) Prot. S. 2139.

2) Prot. S. 647, 641.

3) Prot. S. 2135, 2139.

4) Sturm Prot. S. 2135.

5) Prot. S. 2139.

6) vgl. den Bericht von Horstkotte Prot. S. 2796 f.

7) Prot. S. 2798.

f) Bemüht man sich zu ergründen, was sich der Sonderausschuß unter dem Begriff Bewährung der Rechtsordnung genau vorgestellt hat, so sucht man vergeblich nach einer Definition. Als Inhalt des Begriffs wurde im einzelnen folgendes genannt:

1. Der Begriff beinhaltet den Gedanken, daß die Strafe die Unverbrüchlichkeit des Rechts verbürgt und sichtbar macht<sup>1)</sup>.
2. Es ist auch Raum für den Ausgleich der Schuld<sup>2)</sup>.
3. Mitumfaßt ist auch die Generalprävention<sup>3)</sup>.
4. Die Bewährung der Rechtsordnung ist nicht absoluter Selbstzweck sondern dient der Erhaltung der Rechtstreue des Volkes<sup>4)</sup>.
5. Durchsetzung des Rechts gegenüber dem Unrecht<sup>5)</sup>.
6. Durchsetzung des Rechts gegenüber dem Täter<sup>6)</sup>.
7. Der Ausschuß meint nur das Vertrauen des Staatsbürgers auf die Durchsetzung des Rechts<sup>7)</sup>.
8. Gemeint ist ein Schutz der Rechtsgüter auf eine besondere Weise, nämlich dadurch, daß die Geltung des Rechts als ein geistiges Phänomen durch die gleichmäßige und unverbrüchliche Handhabung des Strafrechts ausgedrückt werde<sup>8)</sup>.

Zuzustimmen ist auf jeden Fall Müller-Emmert, der feststellte, daß mit dem Ausdruck Bewährung der Rechtsordnung wohl niemand zufrieden sei<sup>9)</sup>.

#### IV. Die Beratungen und Beschlüsse des Bundestages.

In der 230. Sitzung der V. Wahlperiode des Deutschen Bundestages beantragte die Fraktion der FDP, den Begriff "Bewäh-

- 
- 1) Sturm Prot. S. 643.
  - 2) Sturm Prot. S. 643.
  - 3) Sturm Prot. S. 643; Dreher Prot. S. 643; Müller-Emmert Prot. S. 2799; Sturm Prot. S. 2797.
  - 4) Sturm Prot. S. 643.
  - 5) Dreher Prot. S. 645.
  - 6) Schafheutle Prot. 647.
  - 7) Meyer Prot. S. 2139.
  - 8) Horstkotte Prot. S. 2797.
  - 9) Prot. S. 2798.

rung der Rechtsordnung" zu streichen. Zur Begründung führte der Abg. Dr. Rutschke aus, daß der Begriff zu unbestimmt sei<sup>1)</sup>. Dem erwiderte der Abg. Hirsch, daß es in besonderen Fällen nötig sei, auch die Rechtsordnung als solche zu schützen<sup>2)</sup>. Der Antrag der FDP wurde mit großer Mehrheit abgelehnt<sup>3)</sup>.

Stattdessen wurde ein Antrag der Abg. Dr. Güde, Dr. Müller-Emmert und Genossen angenommen, statt "Bewährung der Rechtsordnung" den Begriff "Verteidigung der Rechtsordnung" zu verwenden<sup>4)</sup>. Der Abg. Hirsch führte hierzu aus, daß der Begriff "Bewährung" mißverstanden und die Regelung dem Vergeltungsgedanken zugeordnet werden könnte<sup>5)</sup>. Nach Güde<sup>6)</sup> soll der Ausdruck "Verteidigung der Rechtsordnung" bedeuten: "Richter, überlege die Kesozialisierung und auf der anderen Seite den Rechtsgüterschutz!" Genauere Erläuterungen waren auch im Plenum des Bundestages zu vermissen.

## 7. Kapitel

### Zusammenfassung

a) Ziel der Reformbemühungen war es, die kurze Freiheitsstrafe wegen ihrer Nachteile möglichst weitgehend zurückzudrängen. Die entscheidende Frage war dabei, bis zu welcher Grenze man auf die kurze Freiheitsstrafe verzichten kann, ohne daß dadurch überwiegende Nachteile für die Rechtsordnung entstehen. Dabei konnte sich der Gesetz-

---

1) Sten.Ber. S. 12764.

2) Sten. Ber. S. 12764.

3) Sten.Ber. S. 12765.

4) StenbBer. S. 12765.

5) Sten.Ber. S. 12764; vgl. Binding S. 174; Maurach AT S. 64.

6) Sten.Ber. S. 12765.

geber nicht auf gesicherte Untersuchungen über die generalpräventive Wirkung einer konkreten Strafe stützen. Die §§ 27b, 23 StGB aF haben eine entscheidende Eindämmung der kurzen Freiheitsstrafe nicht zu bewirken vermocht. Die Rechtsprechung hat bei der Anwendung dieser Vorschriften die generalpräventive Wirkung der Strafe in erheblichem Maße, wenn auch nicht immer einheitlich, berücksichtigt. Bei der Suche nach einer Formel, die die Grenze des Verzichts auf die kurze Freiheitsstrafe markieren soll, schwang deshalb die Befürchtung mit, daß die Rechtsprechung auch den neuen Ausdruck als reine Generalpräventionsregel verstehen und der Generalprävention einen ebenso breiten Raum einräumen wird, wie bei der Anwendung der §§ 27b, 23 StGB aF<sup>1)</sup>. Der Vergeltungsgedanke allein soll eine kurze Freiheitsstrafe nicht rechtfertigen. Damit ist das Ziel der Neuregelung umrissen: Möglichst weitgehende Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe unter Einschränkung der Generalprävention und Verzicht auf eine schuldangemessene Strafe in diesem Bereich.

b) Für eine genauere Interpretation gibt es dagegen so gut wie kein gesetzgeberisches Material<sup>2)</sup>. Über den Begriff Bewährung der Rechtsordnung bestand im Sonderausschuß keine einheitliche deutliche Vorstellung. Zum Ausdruck Verteidigung der Rechtsordnung gibt es außer der oben<sup>3)</sup> wiedergegebenen nicht besonders aufschlußreichen Äußerung von Güde ebenfalls keine für eine genauere Interpretation brauchbaren Aussagen. Aus der Entstehungsgeschichte lassen sich daher nur folgende allgemeine Grundsätze ableiten:

1. "Verteidigung der Rechtsordnung" ist enger als "öffentliches Interesse" in § 23 Abs.3 Nr.1 StGB aF<sup>4)</sup>.

---

1) bes. deutlich Güde Prot. S. 620/621, 645.

2) BGH NJW 1971, 439; Kunert NJW 1970, 539; Koch NJW 1970, 842; Lackner JR 1970, 7; Dünnebier JR 1970, 242; Lackner-Maassen § 14 Anm. 3.

3) S. 31.

4) BGH NJW 1971, 664 ff (665); OLG Stuttgart Justiz 1969, 163; NJW 1970, 258; OLG Köln NJW 1970, 258 f (259); OLG Hamm NJW 1970, 1614 f (1615); OLG Celle DAR 1970, 188 ff (189); KG JR 1970, 227; Horstkotte NJW 1969, 1604; ders. JZ 1970, 127; Sturm JZ 1970, 85; Koch NJW 1970, 842; Kunert NJW 1970, 539; v. Gerkan K+V 1969, 292; Dede MDR 1970, 723; Lackner JR 1970, 8; Lackner-Maassen § 14 Anm. 3; aa Schönke-Schröder § 23 Rdn. 35 a.

2. Die Voraussetzungen des § 14 StGB für die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe sind enger als in § 27 b StGB aF<sup>1)</sup>.
3. Der Begriff "Verteidigung der Rechtsordnung" enthält einen Aspekt der Generalprävention<sup>2)</sup>.
4. Der Vergeltungsgedanke an sich ist nicht mitumfaßt<sup>3)</sup>.

- 
- 1) OLG Düsseldorf NJW 1970, 767 f (768); Horstkotte NJW 1969, 1603; ders. JZ 1970, 127; Lackner JR 1970, 8.
  - 2) BGH NJW 1971, 439 ff (440); BayObLG NJW 1970, 871 und NJW 1970, 1382 ff (1383); OLG Celle NJW 1970, 872; OLG Düsseldorf NJW 1970, 768; OLG Stuttgart Justiz 1969, 328 f (329), NJW 1970, 258 und NJW 1971, 629 f (630); OLG Köln NJW 1970, 258; OLG Frankfurt NJW 1971, 957 f (958); OLG Hamm VRS 39, 479 f (480); Kunert MDR 1969, 709; ders. NJW 1970, 539; Horstkotte NJW 1969, 1603; ders. JZ 1970, 124, 127; Lackner JR 1970, 8; Koch NJW 1970, 842; Hohler NJW 1969, 1227; Sturm JZ 1970, 85; Spiegel Blutalkohol 1970, 29; v. Gerkan K+V 1969, 292; Dede MDR 1970, 723; Petters-Preisendanz § 14 Anm. 1; § 23 Anm. 5; Dreher § 23 Anm. 4 B; Schönke-Schröder § 14 Rdn. 17, 19.
  - 3) BGH NJW 1971, 439 ff (439, 440); NJW 1971, 664 ff (665); BayObLG NJW 1970, 1382 ff (1383); OLG Köln NJW 1970, 258 ff (259); OLG Stuttgart Justiz 1969, 328 f (329); Horstkotte NJW 1969, 1603; ders. JZ 1970, 127; Lackner JR 1970, 8; Sturm JZ 1970, 85; Dreher JR 1970, 228; Dreher § 14 Anm. 2 B c und § 23 Anm. 4 B.

### Dritter Teil

WELCHES ZIEL MUSS EIN EINSCHREITEN "ZUR VERTEIDIGUNG DER RECHTSORDNUNG" HABEN?

#### 8. Kapitel

##### Die Ziele der staatlichen Strafe

Eine funktionelle Auslegung, durch die ermittelt werden soll, zu welchem Zweck eine bestimmte strafrechtliche Sanktion zu verhängen ist, muß von den Zielen der staatlichen Strafe ausgehen. Ohne den Schulenstreit erneut aufzurollen, ist daher darzustellen, welchen Zielen die Verhängung einer Strafe dienen soll.

- a) Der Strafe wird zunächst die Aufgabe der Vergeltung zugeschrieben, nämlich die Ausgleichen des im Rechtsbruch liegenden Übels durch die Zufügung eines gleichen Übels an den Rechtsbrecher<sup>1)</sup>.
- b) Der Staat verbietet es dem Verletzten, an dem Verbrecher selbst Rache zu üben. Das staatliche Strafrecht hat daher auch die Aufgabe, das Genugtuungsbedürfnis des Verletzten für das diesem zugefügte Unrecht zu befriedigen.
- c) Die Strafe soll auch der Sühne dienen. Sie soll dem Täter Gelegenheit zur Wiedergutmachung geben und zur Versöhnung des Rechtsbrechers mit der Rechtsgemeinschaft führen<sup>2)</sup>.

---

<sup>1)</sup> vgl. KANT (Vergeltung als kategorischer Imperativ des Sittengesetzes); HEGEL (Strafe als logisch-dialektische Notwendigkeit); STAHL (Strafe zur Wiederherstellung der göttlichen Ordnung auf Erden).

<sup>2)</sup> vgl. Kaufmann JZ 1967, 556; Bockelmann JZ 1951, 498; Naegeli S. 63; Maurach AT S. 64.

d) Neben diesen Zielen, die unmittelbar an die Tat anknüpfen, wegen deren der Täter verurteilt wird, hat das Strafrecht auch die Aufgabe, der Begehung von weiteren Straftaten durch den Verurteilten entgegenzuwirken. Der Verurteilte soll durch die Strafe gebessert oder abgeschreckt werden. Wenn das nicht möglich ist, hat die Freiheitsstrafe die Aufgabe, die Gesellschaft vor dem Täter zu sichern.

e) Schließlich soll durch die Bestrafung des Rechtsbrechers nicht nur dieser, sondern auch die Allgemeinheit von der Übertretung des Strafgesetzes abgehalten werden.

Eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit den Fragen der Strafziele kann hier nicht erfolgen. Sie würde den Rahmen des Themas sprengen. Sie ist auch nicht erforderlich, da die Lösung aus der gesetzlichen Regelung selbst zu erreichen ist.

## 9. Kapitel

### Das Strafziel

#### I. Vergeltung, Genugtuung für den Verletzten und Sühne.

Vergeltung, Genugtuung für den Verletzten und Sühne sind nicht die unmittelbaren Ziele einer Maßnahme zur Verteidigung der Rechtsordnung<sup>1)</sup>. Dagegen läßt sich bereits aus dem Wortlaut ein Argument entnehmen: Verteidigung bedeutet Prävention<sup>2)</sup>. Gegen die unmittelbare Berücksichtigung dieser Aspekte spricht vor allem die Entstehungsgeschichte. Der Sonderausschuß hat das Merkmal der Schuld gestrichen, um dem Vergeltungsgedanken entgegenzuwirken<sup>3)</sup>. Auch wurde im

---

1) vgl. die Nachweise oben S. 33 FbN. 3.

2) OLG Frankfurt NJW 1971, 957 f (958); Lackner JR 1970, 8; Horstkotte NJW 1969, 1604.

3) vgl. oben S. 29.

Bundestag der Begriff "Verteidigung der Rechtsordnung" gerade deshalb gewählt, um das Mißverständnis zu vermeiden, daß es sich um einen Aspekt der Vergeltung handeln könnte<sup>1)</sup>. Schließlich spricht dagegen auch, daß dem 1. StrRG der Gedanke zugrunde liegt, daß die Strafe nicht die Aufgabe hat, Schuld- ausgleich als Selbstzweck zu üben, sondern nur gerechtfertigt ist, wenn sie sich zugleich als notwendiges Mittel zur Erfüllung präventiver Schutzaufgaben des Strafrechts erweist<sup>2)</sup>. Dieser Gesichtspunkt wird bestätigt durch einen Blick auf die Bemühungen um die Strafvollzugsreform. Stünde der Vergeltungsgedanke oder die Genugtuung des Verletzten, die ja letztlich auch durch Vergeltung erreicht wird, im Vordergrund, so müßte beim Strafvollzug in erster Linie darauf geachtet werden, daß er ein Übel darstellt. Die bloße Übelszufügung wird aber nirgends mehr als Zweck des Strafvollzuges gefordert. Die Übelszufügung wird zugunsten der Resozialisierung zurückgedrängt<sup>3)</sup>. Diese Gründe gelten gleichermaßen für Vergeltung, Genugtuung des Verletzten und Sühne; denn letztlich beruhen alle drei Gesichtspunkte auf dem Unrecht, das der Täter begangen hat, und der Schuld, die er dadurch auf sich geladen hat<sup>4)</sup>.

## II. Einwirkung auf den Täter.

Vom Wortlaut "Verteidigung der Rechtsordnung" her könnte man zu dem Ergebnis kommen, daß die Spezialprävention mit umfaßt ist; denn die Rechtsordnung kann auch gegen neue Angriffe seitens des abzuurteilenden Täters verteidigt werden.

Dagegen spricht aber, daß in § 14 Abs.1 StGB im Gegensatz zu § 27b StGB aF das Merkmal "zur Einwirkung auf den Täter"

---

1) vgl. oben S. 31.

2) BGH NJW 1971, 439.

3) vgl. BGH NJW 1971, 439.

4) Damit ist aber noch nicht ausgeschlossen, daß diese Gesichtspunkte mittelbare Bedeutung gewinnen können; darüber später.

besonders aufgeführt ist. Nach § 23 Abs.1 StGB ist Voraussetzung für eine Strafaussetzung, daß der Täter künftig auch ohne Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen wird. Da somit die Spezialprävention selbständige Bedeutung hat, wird sie vom Merkmal "Verteidigung der Rechtsordnung" nicht umfaßt<sup>1)</sup>. Daß die Verhängung bzw. Vollstreckung der Freiheitsstrafe nicht bereits aus spezialpräventiven Gründen erforderlich ist, ist Voraussetzung dafür, daß überhaupt geprüft werden muß, ob die Verteidigung der Rechtsordnung ein Eingreifen erfordert.

### III. Einwirkung auf die Allgemeinheit.

Sind somit die repressiven Strafzwecke ausgeschlossen und ist auch nicht die Einwirkung auf den Straffälligen erfaßt, so dient ein Einschreiten zur Verteidigung der Rechtsordnung der Einwirkung auf die Allgemeinheit. Es soll verhindert werden, daß andere Personen als der abzuurteilende Täter eine Straftat begehen. Erfaßt ist also die Generalprävention<sup>2)</sup>. Dieser Begriff ist aber hier nicht wie oben<sup>3)</sup> zu verstehen sondern im weitesten Sinn. Generalprävention ist im folgenden als jede Einwirkung strafrechtlicher Art auf die Allgemeinheit zu verstehen, durch die diese von der Begehung von Straftaten abgehalten wird.

Dieses Ergebnis wird positiv durch die Entstehungsgeschichte begründet<sup>4)</sup>.

Aber ist die Generalprävention in diesem weiten Umfang voll erfaßt oder wird nur Teilaspekt, wenn ja, welcher ergriffen? Zur Klärung der Frage muß zunächst untersucht werden, welche Wirkungen die Strafe auf die Allgemeinheit hat.

---

1) BayObLG NJW 1970, 1382 ff (1383); OLG Köln NJW 1970, 258 ff (259); OLG Stuttgart Justiz 1970, 163; OLG Celle NJW 1970, 872; Schönke-Schröder § 14 Rdn. 17; Dreher § 23 Anm. 4 B; Koch NJW 1970, 842.

2) vgl. die Nachweise oben S. 33 FFn. 2.

3) 4. Kapitel S. 9 ff.

4) vgl. oben S. 30 und S. 33.

## 10. Kapitel

### Wirkungen der Strafe auf die Allgemeinheit

#### I. Bekanntwerden der Strafdrohung.

Als eine Wirkung der Strafe auf die Allgemeinheit bezeichnet Schmidhäuser<sup>1)</sup> das Bekanntwerden der gesetzlichen Strafdrohung. Er geht von der Feststellung aus, daß nur ein verschwindend geringer Teil der Bürger die Gesetzblätter liest. Besondere Hinweise auf die Strafgesetze erfolgen nur in bestimmten Fällen durch die Massenmedien oder die Berufsorganisationen. Durch das Bekanntwerden der einzelnen Bestrafungen verbreitet sich die Kenntnis vom Vorhandensein der Strafnorm.

#### II. Abschreckung.

Von der Abschreckungswirkung der Strafe durch Erregung von Furcht war bereits oben<sup>2)</sup> die Rede. Der potentielle Täter muß befürchten, daß es ihm ebenso ergeht wie dem Verurteilten. Die Bestrafung des Rechtsbrechers stellt für die übrigen Rechtsunterworfenen ein warnendes Beispiel dar. Diese Abschreckungswirkung wird daher dann erreicht, wenn der potentielle Täter die Bestrafung des Rechtsbrechers im kritischen Zeitpunkt als warnendes Beispiel auf sich bezieht und sich in seinem weiteren Verhalten dadurch motivieren läßt<sup>3)</sup>. Der Streit um diese Straf Wirkung wurde oben dargestellt<sup>4)</sup>.

---

1) Lehrb. S. 73.

2) S. 9 ff.

3) vgl. z.B. Eickhoff NJW 1971, 273.

4) S. 9 ff.

### III. Hervorrufen der Überzeugung, daß sich das Verbrechen nicht lohnt.

Durch die Bestrafung des Rechtsbrechers wird die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung vor der Rechtsgemeinschaft erwiesen<sup>1)</sup>. Es wird demonstriert, daß die Rechtsordnung ihre Verletzung nicht duldet und gegen den Rechtsbrecher ein Übel verhängt. Durch die Tatsache des Ausspruchs und der Vollstreckung der Strafe wird in der Allgemeinheit die Überzeugung wachgerufen, daß die Strafe dem Verbrechen unausweichlich folgt (relative Rechtsbewährung)<sup>2)</sup>. Es wird dokumentiert, daß die Strafdrohung nicht nur auf dem Papier steht sondern daß der Staat mit seiner Drohung ernst macht<sup>3)</sup>. Gerade diese Wirkung der Strafe wurde von Feuerbach<sup>4)</sup> hervorgehoben, nicht die Abschreckung durch die Schmerzen des dem Verurteilten zugefügten Übels<sup>5)</sup>.

Durch die Bestrafung des Rechtsbrechers bildet sich daher in der Rechtsgemeinschaft das Bewußtsein, daß sich das Verbrechen nicht lohnt, daß eine Auflehnung gegen das Gesetz zwecklos ist<sup>6)</sup>, weil die Vorteile, die der Täter durch die Tat erlangt, durch die Nachteile der Strafe ausgeglichen werden.

---

1) vgl. BGH NJW 1971, 439 ff (440); NJW 1971, 664 ff (665);

2) vgl. Maurach AT S. 64; Welzel S. 242; Zipf S. 58.

3) Jescheck S. 43; Peters S. 82; Mezger-Blei S. 339.

4) S. 17: "Alle Übertretungen haben ihren psychologischen Entstehungsgrund in der Sinnlichkeit, inwiefern das Begehrungsvermögen des Menschen durch die Lust an oder aus der Handlung zur Begehung derselben abgetrieben wird. Dieser sinnliche Antrieb wird dadurch aufgehoben, daß jeder weiß, auf seine That werde unausbleiblich ein Übel folgen, welches größer ist, als die Unlust, die aus dem nichtbefriedigten Antrieb zur That entspringt." S. 20: "Rechtsgrund der Zufügung (des Straf Übels) ist die vorhergegangene Drohung des Gesetzes."

5) Feuerbach S. 20.

6) Maurach AT S. 64.

#### IV. Verdrängung des Verbrechens in die Heimlichkeit.

Die Bestrafung des Rechtsbrechers bewirkt auch, daß das Verbrechen in die Heimlichkeit verdrängt wird<sup>1)</sup>. Aus Furcht vor der Strafe und den gesellschaftlichen Nachteilen, die den verurteilten Täter treffen, werden die Verbrechen weitgehend in der Heimlichkeit begangen; der Rechtsbrecher bekennt sich in aller Regel nicht offen zu seiner Tat. Dadurch erscheint die Geltung der Norm umfassender, als es der Wirklichkeit entspricht, wodurch die faktische Anerkennung der Norm erhöht wird. Auch geht von dem heimlichen Verbrechen kein so großer Nachahmungsreiz aus, wie von einer offen begangenen Tat.

#### V. Einwirkung auf die sittlichen Vorstellungen der Bevölkerung.

Das Strafrecht wirkt in gewisser Weise auch auf das ein, was Max Ernst Mayer<sup>2)</sup> als Kulturnormen und Schmidhäuser<sup>3)</sup> als gesellschaftliche Rechtsordnung bezeichnet, nämlich auf das Bewußtsein der Gesellschaft von sozialetischen Pflichten, die als religiöse, moralische oder konventionelle Forderungen lebendig sind<sup>4)</sup>. Die Strafe hat eine sittenbildende<sup>5)</sup> eine sozialpädagogische<sup>6)</sup> Funktion. Das Strafrecht garantiert die sittlichen Grundwerte<sup>7)</sup>. Durch die Strafe wird auf die moralische Verwerflichkeit der Tat hingewiesen<sup>8)</sup>, der Rechtsbruch wird ausdrücklich und öffentlich mißbilligt<sup>9)</sup>.

---

1) Schmidhäuser, Lehrb. S. 36.

2) S. 17.

3) Rechtsordnungen S. 12.

4) vgl. Max Ernst Mayer S. 17; Schmidhäuser, Rechtsordnungen, S. 12; Welzel S. 5; Bockelmann S. 27.

5) Hellmuth Mayer, Strafrecht, S. 26; ders. AT S. 21; Welzel S. 242; Schönke-Schröder vor § 13 Rdn. 12; Schmidhäuser, Lehrb., S. 36.

6) Schmidhäuser, Lehrb., S. 36.

7) Bockelmann JZ 1951, 495.

8) Jescheck S. 43; Peters S. 82; Schmidhäuser, Lehrb., S. 36; Grünwald ZStW 1968, 92.

9) Noll S. 17.

## VI. Rechtliche Gesinnung.

Neben der moralischen gibt es auch eine legale, eine rechtliche Gesinnung, nämlich den beharrlichen Willen zur Erfüllung der Rechtspflichten<sup>1)</sup>. Diese rechtliche Gesinnung wird durch die bisher behandelten Gesichtspunkte zusammen erreicht, durch die Einwirkung auf die Moral und durch den Zwang<sup>2)</sup>, also durch die Furcht vor der Strafe und die Hervorrufung der Überzeugung, daß sich das Verbrechen nicht lohnt. Hinzu kommt das Moment der Gewöhnung<sup>3)</sup>, die das Recht durch seine Beständigkeit erreicht, im Bereich des Strafrechts durch den gleichmäßigen Einsatz der strafrechtlichen Reaktionsmittel<sup>4)</sup>.

## VII. Genugtuung für die Allgemeinheit.

Als eine Einwirkung der Strafe auf die Allgemeinheit ist es auch anzusehen, daß die Strafe ein Genugtuungsbedürfnis der Allgemeinheit befriedigt. Auch die rechtstreuen Bürger sind an sich geneigt, die Verbote zu übertreten. Sie unterdrücken aber diese Regungen. Wenn nun jemand das Verbot übertritt, so regt sich in den rechtstreuen Bürgern Ärger, Neid oder Verbitterung über den eigenen Verzicht, den sich der Straftäter nicht auferlegt hat<sup>5)</sup>. Der rechtstreue Bürger fühlt sich selbst verletzt, auch wenn er nicht der unmittelbar Geschädigte ist; denn er hat ein Opfer gebracht, das sich der

- 
- 1) Welzel Gierke-Festschrift S. 296; vgl. auch BGH NJW 1971, 439 ff (440); OLG Köln NJW 1970, 258 ff (259); OLG Stuttgart NJW 1971, 630 f (631); Lackner-Maassen § 14 Anm. 3; nichts anderes dürfte der Ausdruck "Rechtstreue" besagen, vgl. BGH NJW 1971, 439 ff (440); NJW 1971, 664 ff (665); BayObLG NJW 1970, 1382 ff (1383); OLG Hamm NJW 1970, 1384 f (1385) und VRS 39, 479 f (480); OLG Celle DAR 1970, 288 ff (289); OLG Köln VRS 39, 108 ff (110); Dreher § 13 Anm. 2 C; Horstkotte NJW 1969, 1604; ders. JZ 1970, 127; Sturm JZ 1970, 85; Dünnebier JR 1970, 247; Schwalm JZ 1970, 491.
  - 2) Welzel v. Gierke-Festschrift S. 296.
  - 3) Welzel v. Gierke-Festschrift S. 296.
  - 4) vgl. Jescheck S. 43; OLG Köln NJW 1970, 258 ff (259) und VRS 39, 108 ff (109); OLG Stuttgart NJW 1971, 629 f (630); Horstkotte NJW 1969, 1604.
  - 5) Freud S. 40; Wellmann ZRP 1971, 72; Melcher ZRP 1971, 1.

Rechtsbrecher nicht auferlegt hat. Seine Unlustgefühle richten sich daher gegen diesen. Er will, daß dem Straftäter für seine Vorteile zumindest ebensogroße Nachteile entstehen.

#### VIII. Stärkung des Rechtsvertrauens.

Schließlich wird der Strafe auch die Wirkung beigelegt, daß sie das Vertrauen des Bürgers in den Schutz des Staates gegen die Verletzung der Rechtsgüter stärkt<sup>1)</sup>. Durch die Bestrafung des Rechtsbrechers wird gezeigt, "daß hier etwas zur Verbrechensbekämpfung geschieht"<sup>2)</sup>. Die Allgemeinheit vertraut auf die motivierende Kraft der Strafe<sup>3)</sup>. Sie glaubt, daß durch die Bestrafung sowohl der Bestrafte also auch andere Personen von einer neuen Verletzung der Rechtsgüter abgehalten werden.

Diese Wirkungen entfaltet jede Strafe in mehr oder weniger großem Umfang. Die Aufgabe des nächsten Kapitel ist es, zu klären, welche Wirkung oder Wirkungen gerade durch die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe oder Versagung der Strafmasssetzung zur Bewährung überhaupt oder in besonderer Weise erreicht werden sollen.

---

1) Haag S. 30; Lorenz S. 174; BayObLG NJW 1970, 1382 ff (1383); OLG Hamm NJW 1970, 1384 f (1385) und VRS 39, 479 f (480); OLG Stuttgart Justiz 1969, 328 f (329); Dreher § 13 Anm. 2 C; Dünnebiele JR 1970, 247.

2) Haag S. 30.

3) Bockelmann JZ 1951, 495.

## 11. Kapitel

### Welche Wirkung soll durch eine Strafe "zur Verteidigung der Rechtsordnung" erreicht werden?

Welche Wirkung durch ein Einschreiten zur Verteidigung der Rechtsordnung erzielt werden soll, ist hauptsächlich an drei Kriterien zu prüfen: Besteht eine Rückwirkung auf das zukünftige Verhalten der Allgemeinheit hinsichtlich der Befolgung der Strafgesetze? Kann diese Wirkung durch eine Freiheitsstrafe bzw. durch Versagung der Strafaussetzung in gewissen Fällen besser erreicht werden? Entspricht das Anstreben dieser Wirkung der Entstehungsgeschichte?

#### I. Genugtuung für die Allgemeinheit.

a) Zur Befriedigung des Genugtuungsbedürfnisses der Allgemeinheit kann die Freiheitsstrafe und die Versagung der Strafaussetzung besonders in Fällen schwerer Rechtsgutsverletzungen besser geeignet sein als eine andere Maßnahme. Die Freiheitsstrafe wird als größeres Übel angesehen als die Geldstrafe, die Verbüßung der Freiheitsstrafe als größeres Übel als eine Bewährungsauflage, und zwar unabhängig davon, was den konkreten Verurteilten schwerer trifft.

b) Gegen die Berücksichtigung des Genugtuungsbedürfnisses spricht aber die Entstehungsgeschichte. Für das Genugtuungsbedürfnis der Allgemeinheit kann nichts anderes gelten als für das Genugtuungsbedürfnis des Verletzten. Auch für die Befriedigung des Genugtuungsbedürfnisses der Allgemeinheit sind Unrecht und Schuld die hauptsächlichsten und entscheidenden Gesichtspunkte. Gerade diese Umstände sollen aber nach der Entstehungsgeschichte keine Rolle spielen<sup>1)</sup>.

---

1) vgl. oben S. 35 f.

c) Die Befriedigung des Genugtuungsbedürfnisses der Allgemeinheit hat auch keine unmittelbare Wirkung auf das zukünftige Verhalten der Allgemeinheit. Wessen Genugtuungsbedürfnis nicht befriedigt wird, neigt deshalb noch nicht dazu, ebenfalls eine Straftat zu begehen. Die Genugtuung knüpft an vergangenes Unrecht an. Sie ist kein Aspekt der Generalprävention sondern ein Aspekt der Repression.

d) Das Genugtuungsbedürfnis der Allgemeinheit rechtfertigt also nicht ein Einschreiten zur Verteidigung der Rechtsordnung.

## II. Einwirkung auf das Rechtsvertrauen.

Entgegen einer verbreiteten Meinung<sup>1)</sup> ist auch nicht auf das Bewußtsein der Bevölkerung, im Schutz der staatlichen Rechtsordnung gesichert leben zu können, einzuwirken.

a) Zunächst ist zu bedenken, daß durch die Strafverhängung nur in ganz geringem Umfang auf das Rechtsvertrauen der Allgemeinheit hingewirkt werden kann. Die die Emotionen ansprechenden Massenmedien haben auf das Rechtsvertrauen einen ungleich größeren Einfluß als der Richter bei einer Straffestsetzung. Das Vertrauen auf den Schutz der Rechtsgüter wird auch weniger durch eine nach Ansicht der öffentlichen Meinung zu milde Strafe erschüttert als durch die Begehung von Straftaten. Gefestigt kann daher das Rechtsvertrauen am besten dadurch werden, daß die Begehung weiterer Straftaten verhindert wird. Auf das Rechtsvertrauen der Allgemeinheit wird daher weitblickend am ehesten dadurch eingewirkt, daß die Strafe verhängt wird, die die Begehung weiterer Straftaten am besten verhindern kann, und nicht eine Strafe, die im Augenblick der öffentlichen Meinung ent-

---

1) BayObLG NJW 1970, 1382 ff (1383); OLG Hamm NJW 1970, 1384 f (1385); VRS 39, 479 f (480); OLG Oldenburg VRS 38, 426 ff (430); OLG Stuttgart Justiz 1969, 328 f (329); OLG Celle NJW 1970, 872; Dreher § 13 Anm. 2 C; Dünnebier JR 1970, 247.

spricht.

b) Diese augenblickliche Beruhigung könnte allerdings durch eine Freiheitsstrafe bzw. durch Versagung von Strafaussetzung eher erreicht werden; denn diese Maßnahmen erscheinen strenger als eine andere Bestrafung und es ist die Meinung verbreitet, daß eine strengere Strafe eine größere verbrechenshemmende Wirkung hat. Der Ruf nach strengeren Strafen nach jedem aufsehenerregenden Verbrechen, ist dafür Beweis.

Ein rational denkender Mensch läßt sich aber auch nicht durch eine Strafe beruhigen, die zur Verbrechensbekämpfung nicht notwendig ist<sup>1)</sup>. Er muß im Gegenteil beunruhigt sein, wenn eine Strafe verhängt wird, bei der die Gefahr besteht, daß der Bestrafte gerade durch diese Strafe zu weiteren Straftaten veranlaßt wird. Daß diese Gefahr bei der kurzen Freiheitsstrafe besteht, wurde bereits dargestellt<sup>2)</sup>.

c) Die Stärkung des Rechtsvertrauens kann also auf weite Sicht nicht durch die schwerere sondern durch die richtige Strafe erreicht werden. Wann aber die kurze Freiheitsstrafe die richtige Strafe ist, das ist, abgesehen von spezialpräventiven Gesichtspunkten, hier gerade das Problem.

d) Die Stärkung des Rechtsvertrauens ist für sich allein auch nicht geeignet, auf das künftige Verhalten der Allgemeinheit einzuwirken. Durch die Erschütterung des Rechtsvertrauens allein entsteht keine Gefahr für die Rechtsordnung<sup>3)</sup>. Entsteht aus dem Schwund des Rechtsvertrauens eine Erschütterung der Rechtstreue<sup>4)</sup>, so kann die Verteidigung der Rechtsordnung geboten sein. Damit ist aber ein anderer Gesichtspunkt angesprochen.

---

1) Haag S. 31.

2) vgl. oben S. 6 f.

3) Dede MDR 1970, 723.

4) Das ist allerdings nicht so fernliegend, wie Dede, MDR 1970, 723, meint. Wenn derjenige, dessen Rechtsvertrauen erschüttert ist, auch die Angriffe auf die Rechtsgüter verurteilt, so schließt das nicht aus, daß er auch selbst Rechtsgüterverletzungen begeht, wenn er glaubt, das ohne ernsthaftige Behinderung durch die Rechtsordnung tun zu können.

### III. Bekanntwerden der Strafdrohung.

Auch das Bekanntwerden der Strafdrohung ist von §§ 14, 23 StGB nicht erfaßt. Die Freiheitsstrafe kann hier nichts Besseres leisten als die Geldstrafe. Die intendierte Wirkung wird in gleicher Weise durch jede andere strafrechtliche Maßnahme, ja sogar schon durch die Einleitung eines Strafverfahrens erreicht. Jede gegen die mit Strafe bedrohte Handlung gerichtete Maßnahme des Staates auf dem Gebiet des Strafrechts bewirkt, daß die Strafbarkeit bekannt wird.

### IV. Verdrängung des Verbrechens in die Heimlichkeit.

Daß die Vernängung einer kurzen Freiheitsstrafe bzw. die Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung zur Verdrängung des Verbrechens in die Heimlichkeit besser geeignet ist als eine andere strafrechtliche Maßnahme, kann nicht gesagt werden. Auch Geldstrafen oder andere Zwangsmaßnahmen, ja bereits die mit dem Strafverfahren selbst verbundenen Unannehmlichkeiten und das moralische Verdikt, das den Täter trifft, reichen aus, um eine offene Begehung des Verbrechens zu verhindern. Schon um diese Nachteile zu vermeiden, werden die Rechtsbrecher alles mögliche tun, um ihre Tat zu verheimlichen.

### V. Abschreckung.

#### 1. Rückwirkung auf die Rechtsbefolgung.

Die Erregung von Furcht vor der Strafe hat sicher eine verbrechenshemmende Wirkung. Wie oben<sup>1)</sup> dargestellt, ist es aber äußerst zweifelhaft und nicht nachzuweisen, ob eine schwerere Strafe eine größere Abschreckungswirkung erreichen kann. Von der Wirkung auf die allgemeine Rechtsbefolgung her

---

1) S. 12 ff.

kann daher nicht geklärt werden, ob die bloße Abschreckung Ziel eines Einschreitens zur Verteidigung der Rechtsordnung sein soll.

## 2. Entstehungsgeschichte.

a) Auch aus der Entstehungsgeschichte heraus läßt sich die Frage nicht sicher beantworten. Zwar wurde immer wieder betont, daß die Generalprävention zurückgedrängt werden müsse und daß nur ein Aspekt der Generalprävention erfaßt sein soll<sup>1)</sup>. Aber es wurde weder im Sonderausschuß noch im Plenum des Bundestages klar ausgesprochen, daß gerade dieser Aspekt, der mit dem Schlagwort Generalprävention am häufigsten bezeichnet wird<sup>2)</sup>, nicht erfaßt sein soll. Der Hinweis darauf, daß nur ein Teilaspekt der Generalprävention erfaßt sein soll, ohne daß gerade dieser typische Aspekt der Generalprävention als erfaßt genannt wird, legt jedoch die Vermutung nahe, daß die am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten den Abschreckungseffekt zumindest nicht als Hauptziel im Auge hatten.

b) Einen gewissen Anhaltspunkt dafür, daß die bloße Abschreckungswirkung nicht erfaßt sein soll, ergibt sich auch aus einem Vergleich mit dem früheren Recht. Wie ausgeführt<sup>3)</sup>, konnte das öffentliche Interesse an der Vollstreckung der Freiheitsstrafe nicht allein durch generalpräventive Überlegungen gerechtfertigt werden. Auch bei § 27 b StGB aF wurde die Verhängung einer Freiheitsstrafe allein aus Gründen allgemeiner Abschreckung als unzulässig angesehen<sup>4)</sup>. Es entspräche daher nicht der Tendenz zur Zurückdrängung der Generalprävention, wenn jetzt die bloße Abschreckung als Hauptziel des Merkmals "zur Verteidigung der Rechtsordnung" angesehen würde. Allerdings ist auch dieser Anhalts-

---

1) vgl. oben S. 26 ff.

2) Das OLG Köln, NJW 1970, 258 ff (259), bezeichnet diesen Aspekt als Generalprävention an sich.

3) vgl. oben S. 20 ff.

4) vgl. oben S. 18.

punkt nicht zwingend; denn die Zurückdrängung der Generalprävention muß nicht dadurch erfolgen, daß ein bestimmter Aspekt überhaupt ausgeschlossen wird. Sie könnte auch dadurch erfolgen, daß der Generalprävention kein so großes Gewicht mehr beigelegt wird. Die Einschränkung könnte dadurch erfolgen, daß besonders hohe Anforderungen an die Unerläßlichkeit der Verhängung von Freiheitsstrafe gestellt werden.

### 3. Geeignetheit der Freiheitsstrafe bzw. der Versagung von Strafaussetzung zur Bewährung.

Entscheidend muß daher sein, ob die Verhängung von Freiheitsstrafe bzw. die Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung im Rahmen der §§ 14, 23 Abs. 3 StGB zur Abschreckung geeigneter ist als eine andere strafrechtliche Maßnahme, wenn man unterstellt, daß Straftat und Strafhöhe überhaupt eine unterschiedliche Abschreckungswirkung zeitigen.

#### a) Die Größe des Übels.

Die Freiheitsstrafe wird gemeinhin als die schwerste Strafe angesehen. Die Verbüßung der Freiheitsstrafe wird als größeres Übel betrachtet als die Erduldung einer Nebenstrafe, einer Maßregel der Sicherung und Besserung oder einer Bewährungsaufgabe. Das dürfte auch in den meisten Fällen zutreffen.

Es muß aber nicht immer so sein. Im Einzelfall kann die Verbüßung einer Freiheitsstrafe dem Täter weniger unangenehm sein als die Verhängung einer Nebenstrafe, einer Maßregel und einschneidender Bewährungsaufgaben<sup>1)</sup>. Das gleiche gilt für die Verhängung von Freiheitsstrafe statt Geldstrafe. Hier kommt ein weiteres hinzu. Eine Freiheitsstrafe unter sechs Monaten, die nicht zur Einwirkung auf den Tä-

---

1) vgl. z.B. Eickhoff NJW 1971, 274.

ter verhängt wird, muß zur Bewährung ausgesetzt werden (§ 23 Abs.3 StGB). Dabei wird als Bewährungsaufgabe meist eine Geldbuße verhängt werden, die in der Höhe der Geldstrafe entspricht, die dem Täter sonst auferlegt worden wäre. Eine größere Abschreckungswirkung kann davon nicht erwartet werden. Ein potentieller Täter, der die zu erwartende Strafe ins Auge faßt, kann daher je nach seinen persönlichen Verhältnissen unter Umständen von einer Freiheitsstrafe weniger abgeschreckt werden als von anderen strafrechtlichen Maßnahmen, die er zu erwarten hat.

Aus diesen Gründen bestehen bereits erhebliche Zweifel, ob die Verhängung von Freiheitsstrafe und die Versagung von Strafaussetzung zur Erreichung der Abschreckungswirkung geeigneter ist. Jedoch ist auch dieses Argument nicht zwingend, da im Regelfall die Verhängung einer Freiheitsstrafe vor allem dann, wenn sie verbüßt werden muß, als größeres Übel empfunden werden dürfte.

#### b) Abschreckung müßte Individualisierung ausschließen.

Das entscheidende Argument dagegen, daß ein Einschreiten "zur Verteidigung der Rechtsordnung" die bloße Abschreckung potentieller Rechtsbrecher zum Ziel hat, ist die Tatsache, daß eine generalpräventive Abschreckung nur erreicht werden kann, wenn eine extreme Individualisierung ausgeschlossen ist<sup>1)</sup>. Die Verhängung einer bestimmten Strafe wirkt nur dann abschreckend, wenn strafbare Handlungen gleichen Charakters in Betracht kommen, also solche Handlungen, die äußerlich und auch von der Person des Täters her gleichartig sind<sup>2)</sup>. Nur in diesen Fällen setzt der Täter seine geplante Handlung in Beziehung zu der Bestrafung eines anderen.

---

1) Kaiser S. 409.

2) Peters S. 83; vgl. auch Zipf S. 62.

Gerade eine extreme Individualisierung schreibt aber § 14 StGB vor. Nur besondere Umstände in der Tat oder in der Persönlichkeit des Täters können die Verhängung einer Freiheitsstrafe unter sechs Monaten unerlässlich machen. Die Gleichförmigkeit, die die Abschreckungswirkung voraussetzt, ist also nicht gewährleistet. Wird ein Straffälliger wegen bei ihm vorliegender besonderer Umstände schwerer bestraft, so wird der potentielle Rechtsbrecher davon ausgehen, daß die Sachlage bei ihm ganz anders ist, weil dieser oder jener Umstand fehlt<sup>1)</sup>. Die Abschreckungswirkung würde sich also nur auf Straftaten beziehen, bei denen sowohl in der Tat als auch in der Persönlichkeit des Täters die gleichen Umstände vorliegen. Daß aber eine Straftat in objektiver und subjektiver Hinsicht der anderen genau gleicht, ist äußerst selten. Praktisch unmöglich ist das aber, wenn es gerade besondere Umstände in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters sein müssen, die die Vergleichbarkeit begründen. Sollte das aber tatsächlich einmal zutreffen, dann ist es höchst unwahrscheinlich, daß der potentielle Täter von dem anderen Urteil Kenntnis hat.

Schließlich soll die Rechtsordnung auch nicht nur gegen Taten verteidigt werden, die besondere Umstände aufweisen. Vielmehr müssen besondere Umstände die Verteidigung der Rechtsordnung überhaupt unerlässlich machen.

Die bloße Abschreckung potentieller Täter durch Erregung von Furcht vor einer schweren Strafe ist also nicht erfaßt<sup>2)</sup>.

---

1) Peters S. 83.

2) Horstkotte NJW 1969, 1604; aa Koch NJW 1970, 844; Dede MDR 1970, 723; Schwalm JZ 1970, 491.

Als nicht allein ausreichend bezeichnen die Abschreckung: OLG Köln NJW 1970, 258 ff (259); OLG Hamm NJW 1970, 1384 f (1385) und DAR 1970, 328 f (329) und VRS 39, 479 ff (480); OLG Düsseldorf VRS 39, 328 ff (329); Dreher § 23 Anm.

4 B.

## VI. Einwirkung auf die sittlichen Vorstellungen der Bevölkerung.

### 1. Rückwirkung auf die Rechtsbefolgung.

Gerade die ethischen Grundlagen, die gesellschaftliche Rechtsordnung, haben eine besondere Bedeutung für die Befolgung der staatlichen Gesetze. Das Bewußtsein, daß eine Handlung moralisch verwerflich ist, bewirkt eine erhebliche Hemmung vor der Verletzung der staatlichen Norm. Zu Recht führt Bockelmann<sup>1)</sup> aus, daß die Befehle, die aus den Strafgesetzen folgen, von den meisten Rechtsgenossen gar nicht als Befehle empfunden werden. Das Moralische versteht sich von selbst. Man läßt das Stehlen nicht erst deshalb, weil es bei Strafe verboten ist.

### 2. Einwirkung der Strafe auf die moralischen Vorstellungen.

Das Strafrecht hat die Aufgabe, die sittlichen Grundwerte zu garantieren<sup>2)</sup>. Dadurch, daß das moralisch verwerfliche Handeln zugleich mit Strafe bedroht ist, erhalten die sittlichen Grundnormen einen nicht unerheblichen Schutz. Sie erhalten durch die Strafdrohung eine größere faktische Geltung; denn die Strafdrohung bewirkt, daß mehr Rechtsgenossen von der verwerflichen Handlung abgehalten werden. Die moralischen Forderungen werden mit dem erforderlichen Zwang durchgesetzt. Würde dieser Zwang fehlen würden immer mehr Rechtsgenossen die ethischen Grundlagen mißachten. Wenn aber die sittlichen Gebote ständig übertreten werden, verflacht ihre Geltungskraft. Es besteht die Gefahr, daß sie unverbindlich und schließlich überhaupt nicht mehr anerkannt werden.

---

1) S. 69.

2) Bockelmann JZ 1951, 495.

Nur insoweit kann aber das Strafrecht auf die gesellschaftlichen Vorstellungen einwirken. Strafrechtliche Mittel sind dagegen nicht geeignet, eine Veränderung der gesellschaftlichen Vorstellungen von Recht und Unrecht zu verhindern. So hat es das von der Rechtsprechung sehr konservativ ausgelegte Sittenstrafrecht nicht vermocht, in diesem Bereich eine Veränderung des gesellschaftlichen Bewußtseins zu verhindern<sup>1)</sup>. Das Strafrecht vermag die Bewußtseinsveränderung allenfalls zu verzögern, indem es die offene Begehung verhindert und dadurch der Eindruck entsteht, daß die Norm noch allgemein anerkannt wird.

Schließlich muß auch beachtet werden, daß die gesellschaftliche Rechtsordnung zu ihrer Erhaltung nicht unbedingt der Strafe, ja unter Umständen überhaupt keiner Sanktion bedarf. So gilt der Bruch eines einmal gegebenen Wortes nach wie vor als rechtswidrig und verwerflich und zwar selbst dann, wenn der Vertrag nach staatlichem Recht nichtig ist, etwa wegen Nichtbeachtung einer Formvorschrift.

Die Einwirkungsmöglichkeit der Strafe auf die moralischen Vorstellungen ist also gering. Die Strafe kann nur verhindern, daß die sittlichen deshalb verflachen, weil die sittlichen Gebote ständig mißachtet werden.

### 3. Die Geeignetheit der Freiheitsstrafe bzw. der Versagung von Strafaussetzung zur Bewährung.

Kann dieser geringe Einfluß dadurch besser erreicht werden, daß eine kurze Freiheitsstrafe verhängt wird bzw. die Strafaussetzung zur Bewährung versagt wird?

---

1) vgl. weitere Beispiele dafür, wie die gesellschaftliche Rechtsordnung die staatliche verdrängt bei Schmidhäuser, Rechtsordnungen, S. 26-28.

Diese Frage könnte auf Grund der Tatsache bejaht werden, daß in der Bevölkerung als die typische Strafe für moralisch verwerfliches Handeln die Freiheitsstrafe gilt, während das Geldzahlen als Folge einer Tat mit nur unbedeutendem Unrechtsgehalt angesehen wird. Dabei unterscheidet der Großteil der Bürger nicht danach, ob die Verpflichtung zur Geldzahlung gebührenpflichtige Verwarnung, Geldbuße, Ordnungsstrafe, Bewährungsauflage oder Geldstrafe heißt. Beachtung findet nur die Höhe des zu zahlenden Betrages.

Dennoch kann die Verhängung einer Freiheitsstrafe oder die Versagung der Strafaussetzung nicht als geeigneter angesehen werden.

Der Hinweis darauf, daß eine bestimmte Tat als verwerflich anzusehen ist, erfolgt bereits dadurch, daß diese Handlung überhaupt mit Kriminalstrafe bedroht wird. Das Maß der Verwerflichkeit wird durch den gesetzlichen Strafrahmen gekennzeichnet. Der Hinweis darauf, daß eine konkrete Handlung als verwerflich angesehen wird, geschieht schon dadurch, daß der Staat die Tat verfolgt und überhaupt eine Kriminalstrafe verhängt.

Wie eben dargelegt<sup>1)</sup>, kann das Strafrecht auf die moralischen Vorstellungen allenfalls dadurch Einfluß nehmen, daß es die faktische Geltung der sittlichen Gebote garantiert. Diese Garantie erfolgt aber am besten dadurch, daß möglichst viele Straftaten verhindert werden. Es muß also die Strafe verhängt werden, die zur Verbrechensverhinderung am besten geeignet ist. Wann aber die kurze Freiheitsstrafe die richtige Maßnahme ist, ist hier gerade das Problem. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, daß die Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf das moralische Bewußtsein der Bevölkerung besser geeignet ist. Das käme nur dann in Betracht, wenn durch ständigen Hinweis auf die besondere Verwerflichkeit

---

1) S. 51 unter 2.

einer bestimmten Handlungsweise Veränderungen des gesellschaftlichen Bewußtseins verhindert werden könnten. Das aber ist, wie gezeigt<sup>1)</sup>, nicht der Fall.

#### 4. Strafgesetze, hinter denen keine sittliche Norm steht.

Gegen eine gezielte Einwirkung auf die moralischen Vorstellungen durch eine Maßnahme zur Verteidigung der Rechtsordnung spricht auch, daß es strafrechtliche Normen gibt, denen jeder ethische Gehalt fehlt<sup>2)</sup>. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß bei Verletzung dieser Gesetze ein Einschreiten zur Verteidigung der Rechtsordnung zu unterbleiben hat. Zwar geht der Gesetzgeber dazu über, Normen ohne ethischen Unrechtsgehalt nur noch als Ordnungswidrigkeiten mit Geldbuße zu bedrohen; dennoch sind wichtige Vorschriften ohne ethischen Unrechtsgehalt immer noch mit Strafe bedroht. So gilt z.B. das Fahren ohne Führerschein (Vergehen gemäß § 21 StVG) nicht als moralisch verwerflich. Nur wenn der Fahrer nicht über die erforderlichen Fertigkeiten verfügt und die Rechtsgüter anderer verletzt, wird die Tat in der Bevölkerung auch als moralisch verwerflich angesehen.

#### 5. Der Staat richtet sich nach den gesellschaftlichen Vorstellungen.

Schließlich haben sich auch nicht die gesellschaftlichen Vorstellungen nach dem staatlichen Strafbefehl zu richten. Vielmehr hat sich das Strafrecht an den in der Bevölkerung herrschenden Anschauungen zu orientieren, eine Forderung, die in einem freiheitlich-demokratischen Staat besonders ernst zu nehmen ist. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze gelten nicht deshalb, weil sie durch das positive Recht aner-

---

1) vgl. oben S. 52.

2) vgl. Bockelmann S. 27.

kannt sind, sondern das positive Recht gilt, weil es den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entspricht oder jedenfalls nicht zuwiderläuft<sup>1)</sup>.

Diesen Forderungen trägt der Gesetzgeber Rechnung. Er versucht nicht, eine Veränderung des gesellschaftlichen Bewußtseins durch erhöhte Strafdrohungen zu verhindern, sondern ist bemüht, das Strafrecht den veränderten gesellschaftlichen Vorstellungen anzupassen. Es wäre daher unverständlich, wenn der Gesetzgeber eine Norm geschaffen hätte, deren Ziel es ist, Veränderungen des gesellschaftlichen Bewußtseins zu verhindern.

Ziel der §§ 14, 23 Abs.3 StGB ist es daher auch nicht, Veränderungen der moralischen Vorstellungen in der Bevölkerung zu verhindern.

#### VII. Hervorrufen der Überzeugung, daß sich das Verbrechen nicht lohnt.

Sind nun alle anderen Wirkungen der Strafe als unmittelbares Ziel eines Einschreitens zur Verteidigung der Rechtsordnung ausgeschieden, so verbleibt nur noch die Einwirkung auf die Überzeugung, daß sich das Verbrechen nicht lohnt, weil das Recht stets gegenüber dem Unrecht durchgesetzt wird<sup>2)</sup> und der Tat unausweichlich ein größeres Übel folgt, die relative Rechtsbewährung. Daß gerade diese Wirkung durch ein Einschreiten zur Verteidigung der Rechtsordnung zu erreichen ist, läßt sich auch positiv begründen.

---

1) Kaufmann JZ 1963, 143.

2) vgl. BGH NJW 1971, 439 ff (440).

# 1. Einwirkung auf die Rechtsbefolgung.

Die Durchsetzung des Rechts gegenüber dem Unrecht ist nicht Selbstzweck. Das Hervorrufen der Überzeugung, daß sich das Verbrechen nicht lohnt, ist eine generalpräventive Wirkung<sup>1)</sup>. Daß bereits Feuerbach gerade diesem Aspekt die entscheidende Bedeutung beimaß, wurde bereits erwähnt<sup>2)</sup>.

Es ist hier ebenso wie bei der oben<sup>3)</sup> behandelten Abschreckungswirkung die Furcht vor der Strafe im Spiel. Jedoch bestehen grundlegende Unterschiede: Zum einen verlangt die Überzeugung, daß sich das Verbrechen nicht lohnt, nicht, daß eine möglichst hohe Strafe verhängt wird, damit die Furcht möglichst groß ist. Es genügt, daß das Recht gegenüber dem vom Täter begangenen Unrecht durchgesetzt wird, daß eine Strafe ausgesprochen wird, die ein Übel darstellt, "welches größer ist als die Unlust, die aus dem nichtbefriedigten Antriebe zur That entspringt"<sup>4)</sup>

Diese Wirkung reicht auch tiefer als die bloße Abschreckung. Wer davon überzeugt ist, daß sich ein Verbrechen nicht lohnt, kommt nur selten in Versuchung, eine Abwägung zwischen den Erfolgchancen der Straftat und der bei einer Entdeckung zu erwartenden Strafe vorzunehmen. Das Verbrechen scheidet unter normalen Umständen aus dem Bereich dessen aus, was man zu tun in Betracht zieht<sup>5)</sup>. Wird aber offenbar, daß man eine Straftat begehen kann, ohne dafür ein größeres Übel zu erleiden, so besteht die Gefahr, daß auch andere die Begehung eines Verbrechens in Erwägung ziehen.

---

1) vgl. Roxin Jus 1966, 383; Grünwald ZStW 1968, 92.

2) oben S. 39.

3) S. 46 ff.

4) Feuerbach S. 17.

5) Hellmuth Mayer AT S. 22.

Schließlich entfalten die Rechtsbewährung im Gegensatz zur bloßen Abschreckung eine generalpräventive Wirkung nicht nur hinsichtlich gleichartiger Taten<sup>1)</sup>. Vielmehr wird manifestiert, daß sich keine Übertretung des Gesetzes lohnt.

## 2. Eignung der Freiheitsstrafe bzw. Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung.

Die Überzeugung, daß sich das Verbrechen nicht lohnt, wird in der Regel bereits dadurch hervorgerufen, daß der überführte Rechtsbrecher überhaupt bestraft wird. Damit wird das Recht gegenüber dem vom Täter begangenen Unrecht durchgesetzt. Das Verbrechen hat sich für den Täter aber dann gelohnt, wenn die verhängte Strafe für ihn kein Übel bedeutet, das größer ist als die Unlust, die aus dem Unterlassen der Tat entsprungen wäre. Freiheitsstrafe und Versagung der Strafaussetzung sind also dann geeignetere Mittel, wenn nur dadurch erreicht werden kann, daß dem Täter ein ausreichendes Übel widerfährt. Diese Maßnahmen sind auch dann geeigneter, wenn nur durch sie erreicht werden kann, daß der Täter eine Strafe erleidet, die ihm die Tat nicht wert ist; ansonsten wäre das Strafübel nicht größer als der Vorteil der Tat.

## 3. Verzicht auf Vergeltung und Schuldausgleich.

Zu beachten ist auch, daß die Gedanken von Vergeltung und Schuld in dem hier interessierenden Bereich keine unmittelbare Bedeutung haben<sup>2)</sup>. Die relative Rechtsbewährung wird aber nicht zu Unrecht als eine Wirkung bezeichnet, die durch die Vergeltungsstrafe am besten erreicht wird<sup>3)</sup>. Ein nur auf Spezialprävention hin orientiertes Strafrecht kann häufig nicht angemessen reagieren<sup>4)</sup>. Warum und wie soll

---

1) vgl. oben S. 49 f.

2) vgl. oben S. 35 f.

3) Maurach AT S. 64.

4) Baumann DRiZ 1970, 3.

der Täter bestraft werden, von dem auch ohne Bestrafung keine weiteren Straftaten zu erwarten sind? Der Verzicht auf die Vergeltung bedeutet eine Gefahr für die generalpräventive Wirkung der Strafe. Dieser Gefahr zu begegnen ist Aufgabe des Merkamls Verteidigung der Rechtsordnung. Die Haltung der rechtstreuen Bürger kann korrumpiert werden, wenn derjenige, dem eine Straftat nachgewiesen wird, nicht bestraft wird<sup>1)</sup>. Es muß verhindert werden, daß einem Täter die Erduldung eines angemessenen Strafübels erspart bleibt. Das ist neben dem Vergeltungsgedanken auch der Grund dafür, daß heute noch NS-Verbrechen verfolgt werden<sup>2)</sup>.

#### 4. Entstehungsgeschichte.

Aus der Entstehungsgeschichte spricht für diesen Aspekt, daß der Sonderausschuß gerade den Ausdruck Bewährung der Rechtsordnung vorgeschlagen hat. Der Änderung durch den Bundestag kommt insoweit keine Bedeutung zu<sup>3)</sup>. Sie sollte nur verdeutlichen, daß die Vergeltung als Selbstzweck eine kurze Freiheitsstrafe nicht rechtfertigen kann.

---

1) Kaufmann JZ 1967, 556; Roxin JuS 1966, 383.

2) Kaufmann JZ 1967, 556; Roxin JuS 1966, 383.

3) BGH NJW 1971, 439; BayObLG NJW 1970, 1382 ff (1382, 1383); Schönke-Schröder § 14 Rdn. 15; Schröder JZ 1971, 242.

## 12. Kapitel

### Das gefundene Ergebnis und der Wortlaut "Verteidigung der Rechtsordnung"

#### I. Genügender Anhaltspunkt im Wortlaut.

Das Wesen der Rechtsordnung erschöpft sich nicht darin, daß sie eine Summe von staatlichen Ge- und Verboten ist. Das Wesen der Rechtsordnung ist auch noch nicht voll erfaßt, wenn man die äußerliche Erzwingbarkeit<sup>1)</sup> hinzunimmt. Hinter der bloß äußerlichen Erzwingbarkeit, die ohnehin nie völlig erreicht werden kann, muß das Bewußtsein der Rechtsgenossen stehen, daß es sich um eine verbindliche Ordnung handelt<sup>2)</sup>, daß die Rechtsgenossen grundsätzlich den Geltungsanspruch des Rechts anerkennen und ihr Handeln nach dem Recht ausrichten<sup>3)</sup>.

Dieses Bewußtsein von der Verbindlichkeit der Rechtsordnung, diese Anerkennung des Rechts und dieser Wille, den rechtlichen Geboten zu folgen, entspricht aber genau dem, was oben<sup>4)</sup> als rechtliche Gesinnung bezeichnet wurde. Das Recht wird als verbindlich anerkannt und es besteht der Wille, die Rechtspflichten zu erfüllen.

Diese rechtliche Gesinnung gilt es zu erhalten, indem unter den Rechtsgenossen die Überzeugung hervorgerufen und erhalten wird, daß sich das Verbrechen nicht lohnt. Endziel eines Einschreitens zur Verteidigung der Rechtsordnung ist es, auf diesem Wege die rechtliche Gesinnung zu erhalten und zu festigen<sup>5)</sup> und damit die Rechtsordnung selbst zu schützen.

---

1) vgl. Henkel S. 94; Bockelmann S. 31.

2) Larenz S. 174.

3) Larenz S. 174.

4) S. 41 unter VI.

5) Nachweise hierzu und zum gleichbedeutenden Ausdruck "Rechtstreue" siehe oben S. 41 Fñn. 1.

## II. Keine Erweiterung.

Vom Wortlaut her kommt man auch zu keinem erweiterten oder anderen Anwendungsbereich der kurzen Freiheitsstrafe oder der Versagung von Strafaussetzung zur Bewährung.

### 1. Verlust der Geltung einer Strafvorschrift.

Betrachtet man die Rechtsordnung als eine Summe von Ge- und Verboten, so könnte man von einer Verteidigung der Rechtsordnung dann sprechen, wenn verhindert wird, daß eine Rechtsnorm außer Kraft gesetzt wird, sei es daß sie aufgehoben wird oder daß sie ihre faktische Geltungskraft verliert. Eine derartige Auslegung wäre zwar vom Wortlaut gedeckt, wird aber nicht zwingend gefordert; denn dem Wortlaut ist nicht zu entnehmen, daß die Rechtsordnung gerade in dieser Hinsicht verteidigt werden soll. Daß nicht die Wirksamkeit einer einzelnen Strafvorschrift garantiert werden soll, ergibt sich auch, wenn man untersucht, wie eine Vorschrift ihre Geltungskraft verlieren kann.

a) Daß nicht Fälle legaler Gesetzesänderungen verhindert werden sollen, ist offensichtlich und bedarf keiner weiteren Erörterung.

b) Wenn auch das große Wort "Verteidigung der Rechtsordnung" fast nach Anarchie und Revolution klingt<sup>1)</sup>, so ist es angesichts des in Betracht kommenden Strafrahmens ebenso offensichtlich, daß die Rechtsordnung nicht gegen eine Revolution zu verteidigen ist.

c) In Betracht zu ziehen ist nur der Fall, daß die Vorschrift ihre faktische Geltungskraft verliert. Dies kann dadurch geschehen, daß die unter Strafe gestellte Handlung von der Bevölkerung nicht mehr als strafwürdig oder überhaupt

---

1) Kunert MDR 1969, 709.

nicht mehr als unrechtmäßig angesehen wird. Die Vorschrift wird von immer mehr Leuten übertreten. Der Großteil der Bevölkerung nimmt daran keinen Anstoß. Die Gerichte schlossen sich dieser Tendenz an und verhängen Strafen, die an der Untergrenze des Strafrahmens liegen.

Ein Beispiel dafür bildet die inzwischen aufgehobene Vorschrift des § 172 StGB. Der Ehebruch wurde weitgehend nicht mehr als strafwürdiges Unrecht angesehen. Strafanträge wurden höchst selten gestellt. Kam es tatsächlich einmal zu einem Verfahren, so wurde nur eine geringe Strafe verhängt. Die Strafvorschrift hatte keinerlei motivierende Kraft. Ihre Abschaffung war nur noch Formsache. Ähnliche Tendenzen sind auf dem Gebiet der Abtreibung zu beobachten. Die gleiche Entwicklung führte zur Aufhebung des Art. 25 LStVG.

Derartige Entwicklungen können nicht dadurch aufgehalten werden, daß eine kurze Freiheitsstrafe verhängt bzw. die Strafaussetzung versagt wird. Das wäre nur dann der Fall, wenn durch diese Maßnahmen auf die gesellschaftlichen Vorstellungen von Recht und Unrecht eingewirkt werden könnte oder allenfalls wenn eine größere Abschreckungswirkung erreicht werden würde. Beides ist aber wie dargestellt<sup>1)</sup> nicht möglich.

Allerdings könnte dadurch der Eindruck vermieden werden, daß der Staat seine Gebote nicht ernst nimmt<sup>2)</sup>. Der Staat ist aber den richtigen Weg gegangen, als er die Strafbarkeit für Ehebruch und Konkubinat aufhob und die Strafdrohung für die Abtreibung reduzierte. Eine Verschärfung der Strafpraxis, sei es durch die Gerichte oder durch eine Heraufsetzung der Strafdrohung, wäre nicht nur sinnlos gewesen, sondern hätte überdies zu einer Verschlechterung

---

1) vgl. oben S. 46 ff.

2) vgl. Schröder JZ 1971, 242.

des Verhältnisses zwischen Bürger und Staat geführt. Es wäre auch unverständlich, wenn der Gesetzgeber durch das gleiche Gesetz, durch das er den § 172 StGB aufgehoben und den § 218 StGB geändert hat, weil die Vorschriften ihre faktische Geltung verloren haben, eine Vorschrift schaffen würde, mit der eine derartige Entwicklung bekämpft werden soll.

## 2. Schutz der Rechtsgüter.

Schließlich könnte man davon ausgehen, daß das Strafrecht die Aufgabe des Rechtsgüterschutzes hat, und zu dem Ergebnis kommen, daß "Verteidigung der Rechtsordnung" nichts anderes bedeutet als "Schutz der Rechtsgüter"<sup>1)</sup>.

Dagegen ist aber aus der Entstehungsgeschichte anzuführen, daß der Ausdruck "Schutz der Rechtsgüter" vom Sonderausschuß erwogen, aber nicht vorgeschlagen wurde<sup>2)</sup>. Im Plenum des Bundestages erklärte der Abg. Hirsch, daß die Rechtsordnung als solche zu schützen ist<sup>3)</sup>. Aus der Äußerung des Abg. Dr. Güde<sup>4)</sup>, daß der Richter auf den Rechtsgüterschutz bedacht sein soll, kann dagegen nichts anderes hergeleitet werden; denn nur wenn die Rechtsordnung verteidigt wird, kann sie die Rechtsgüter schützen.

Sicher dient ein Einschreiten zur Verteidigung der Rechtsordnung letztlich dem Rechtsgüterschutz. Dieser Rechtsgüterschutz erfolgt aber gerade durch die Verteidigung der Rechtsordnung selbst. Ein unmittelbares Abstellen auf den Rechtsgüterschutz führt auch nicht weiter; denn es bleibt dann weiterhin die Frage offen, wann die Verhängung einer kurzfristigen Freiheitsstrafe bzw. die Versagung von Strafaussetzung den Rechtsgüterschutz besser gewährleistet als

---

1) so Lackner-Maassen § 14 Anm. 3.

2) vgl. Prot. S. 2139.

3) Sten.Ber. S. 12764.

4) Sten.Ber. S. 12765.

eine andere strafrechtliche Maßnahme. Es läge dann nur nahe, wieder auf den Gedanken bloßer Abschreckung zurückzugreifen<sup>1)</sup>. Gerade dieser Aspekt ist aber nicht erfaßt und kann nicht erreicht werden<sup>2)</sup>.

### III. Keine Einschränkung.

Der Wortlaut gebietet auch keine Einschränkung des gefundenen Ergebnisses. Insbesondere bietet der Wortlaut keinen Anhaltspunkt dafür, daß nur bei einer Verletzung von Normen mit erheblichem Unrechtsgehalt eingeschritten werden darf<sup>3)</sup>. Die rechtliche Gesinnung darf auch dann nicht gefährdet werden, wenn nur eine Straftat mit geringem Unrechtsgehalt zur Aburteilung steht. Daß der Wortlaut keine Einschränkung auf bewußt rechtsfeindliche Taten erfordert, wurde bereits dargelegt<sup>4)</sup>.

## 13. Kapitel

### Zusammenfassung

Ziel einer Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe oder der Versagung von Strafaussetzung zur Bewährung ist es also, die rechtliche Gesinnung der Bevölkerung zu erhalten. Auf die rechtliche Gesinnung ist dadurch einzuwirken, daß die Überzeugung hervorgerufen und bestärkt wird, daß sich das Verbrechen nicht lohnt. Andere Gesichtspunkte haben keine unmittelbare Bedeutung. Diese Auslegung ist mit dem Wortlaut vereinbar. Der Wortlaut verlangt weder eine Erweiterung noch eine Einschränkung.

---

1) vgl. Güde Prot. S. 2139: "Bewährung der Rechtsordnung" ist enger als "Schutz der Rechtsgüter".

2) vgl. oben S. 46 ff.

3) vgl. aber BGH NJW 1971, 664 ff (665).

4) oben S. 3.

## Vierter Teil

WANN MACHEN BESONDERE UMSTÄNDE DIE VERTEIDIGUNG DER RECHTS-  
ORDNUNG UNERLÄSSLICH?

### 14. Kapitel

#### Allgemeines

#### I. Bei § 23 Abs.3 StGB die gleichen Voraussetzungen wie bei § 14 StGB.

§ 23 Abs.3 StGB enthält statt der Formulierung "unerlässlich" den Ausdruck "gebetet". Dort ist auch im Gegensatz zu § 14 StGB nicht ausdrücklich ausgesprochen, daß Grund für die Verteidigung der Rechtsordnung besondere Umstände in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters sein müssen. Folgt daraus, daß § 14 StGB engere Voraussetzungen hat als § 23 Abs.3 StGB?

Für § 14 StGB wurde der Ausdruck "unerlässlich" gewählt, um den Ausnahmecharakter<sup>1)</sup> und den ultima-ratio-Charakter<sup>2)</sup> besonders zu betonen. In der Tat klingt "unerlässlich" schärfer als "gebetet". Zuzustimmen ist aber Schlee<sup>3)</sup> darin, daß gebieten im Grunde nichts anderes bedeutet als unerlässlich machen; denn geboten ist etwas nur dann, wenn eine besondere Notwendigkeit zum Eingreifen besteht. Eine solche Notwendigkeit besteht aber nur, wenn das Eingreifen unerlässlich ist. Nicht ausreichend ist es, wenn die Verteidigung der Rechtsordnung die Versagung der Strafaussetzung nur ratsam oder angezeigt erscheinen läßt<sup>4)</sup>. Schließlich wäre

---

1) Diemer-Nicolaus Prot. S. 2140.

2) Sturm Prot. S. 2140.

3) Prot. S. 2140.

4) so bereits zu § 23 Abs.3 Nr.1 StGB aF Preiser NJW 1956, 1009.

es auch nicht verständlich, daß bei der Frage der Strafaussetzung geringere Voraussetzungen genügen sollen als bei der Verhängung der Freiheitsstrafe, obwohl gerade in der Strafvollstreckung die Nachteile der kurzen Freiheitsstrafe liegen<sup>1)</sup>. Zwischen unerläßlich und gebietet besteht also kein Unterschied<sup>2)</sup>.

Besondere Umstände sind auch für § 23 StGB zu verlangen. Daß auch die Vollstreckung der kurzen Freiheitsstrafe einen Ausnahmefall<sup>3)</sup> darstellen soll, wird bereits durch die prägnante Formulierung "Verteidigung der Rechtsordnung" betont<sup>4)</sup>. Der Begriff "Verteidigung der Rechtsordnung" bedeutet in § 23 Abs.3 StGB dasselbe wie in § 14 StGB<sup>5)</sup>. Ein Ausnahmefall besteht aber immer nur dann, wenn besondere Umstände vorliegen. Diese Umstände müssen auch in der Tat oder in der Persönlichkeit des Täters liegen; denn die Bewährung der Rechtsordnung geschieht immer nur dadurch, daß dem Täter die richtige Strafe zuteil wird. Umstände, die keinerlei Beziehung zu Tat und Täter haben, können nicht für die Frage ausschlaggebend sein, ob sich das Verbrechen lohnt.

## II. Ausnahmefall.

Daß das Einschreiten zur Verteidigung der Rechtsordnung einen Ausnahmefall darstellt<sup>3)</sup>, wurde eben erwähnt.

---

1) Schnebele Blutalkohol 1969, 436; Dünnebier JR 1970, 241.

2) aa OLG Köln NJW 1970, 258 ff (259); VRS 39, 108 ff (109).

3) BGH NJW 1971, 439; OLG Hamm NJW 1970, 1384; VRS 39, 479 f (480); OLG Düsseldorf VRS 39, 328; Martin Blutalkohol 1970, 18; Horstkotte NJW 1969, 1602; Behnke Blutalkohol 1969, 338; Kunert NJW 1970, 359; Petters-Preisendanz § 14 Anm. 1; Krüger Blutalkohol 1969, 356; v. Gerkan K+V 1969, 291.

4) Martin Blutalkohol 1970, 21; vgl. auch zum Begriff "Bewährung der Rechtsordnung" Müller-Emmert Prot. S. 2139.

5) Dreher § 23 Anm. 4 B; Kunert MDR 1969, 710; Martin Blutalkohol 1970, 24; vgl. auch Bericht S. 11 für "Bewährung der Rechtsordnung".

Es müssen daher auf jeden Fall Umstände vorliegen, die über die Erfordernisse des gesetzlichen Tatbestandes hinausgehen und die nicht bereits dem verletzten Tatbestand im ganzen zugrunde liegen<sup>1)</sup>. So ist bei einem Vergehen nach § 316 Abs.1 StGB die Tatsache, daß der Täter vorsätzlich und nicht fahrlässig gehandelt hat, nicht als besonderer Umstand anzusehen<sup>2)</sup>.

Angenommen wird auch, daß eine Ausnahme von der gewöhnlich vorkommenden Fallgestaltung vorliegen muß<sup>3)</sup>. Dem ist aber nur insoweit zuzustimmen, als im Regelfall bei gewöhnlicher Fallgestaltung die Verteidigung der Rechtsordnung nicht unerläßlich sein wird. Es ist aber nicht geboten, das Vorliegen besonderer Umstände schon dann zu verneinen, wenn die abzuurteilende Tat gegenüber den anderen Taten, die im gleichen Zeitraum begangen werden, keine wesentlichen Abweichungen aufweist. Es liegen dann eben bei den meisten der vorkommenden Delikte besondere Umstände vor<sup>4)</sup>.

- 
- 1) BGH NJW 1971, 439 ff (440); OLG Frankfurt NJW 1971, 957 f (958); Martin Blutalkohol 1970, 18; Lackner-Massen § 23 Anm. 5 b; Dreher § 23 Anm. 4 B; vgl. zur gleichen Meinung zu § 23 Abs.3 Nr.1 StGB aF oben S. 20.
  - 2) Beispiel nach Martin, Blutalkohol 1970, 18, dem allerdings nicht darin gefolgt werden kann, daß es nicht als besonderer Umstand berücksichtigt werden darf, wenn die Blutalkoholkonzentration den sog. absoluten Grenzwert von 1,3 ‰ übersteigt. § 316 StGB stellt nicht auf einen besonderen Grenzwert ab. Die Berücksichtigung einer hohen Blutalkoholkonzentration wird deshalb durch das Verbot der Verwertung von Tatbestandsmerkmalen nicht ausgeschlossen. Wie Martin auch Wagner DRiZ 1970, 277.
  - 3) OLG Frankfurt NJW 1971, 666 ff (667); OLG Düsseldorf NJW 1970, 767; OLG Hamm NJW 1970, 1384; Lackner-Maassen § 14 Anm. 3; Dreher § 14 Anm. 2 A; Behnke-Blutalkohol 1969, 338; Martin Blutalkohol 1970, 18; Wagner DRiZ 1970, 277.
  - 4) In dieser Richtung dürften auch die Ausführungen von Spiegel, Blutalkohol 1970, 29, zu verstehen sein, daß das Gebot kurze Freiheitsstrafen nur noch in Ausnahmefällen zu verhängen, bei Trunkenheitsfahrten an etwaiger Absolutheit verliert.

### III. Abstellen auf den Einzelfall.

Aus dem Erfordernis besonderer Umstände folgt vor allem im Zusammenhang damit, daß diese Umstände in Tat oder Täter liegen müssen, daß ein jeweiliges Abstellen auf den Einzelfall geboten ist<sup>1)</sup>. Es ist daher unzulässig, bei bestimmten Deliktgruppen immer eine Freiheitsstrafe zu verhängen bzw. die Strafaussetzung zur Bewährung zu versagen<sup>2)</sup>. Auch können diese Maßnahmen nicht generell bei bestimmten Tätergruppen, z.B. Wiederholungstäter, verhängt werden<sup>3)</sup>. Eine derartige Generalisierung könnte auch dazu führen, daß im Einzelfall ohne zwingende Notwendigkeit eine Freiheitsstrafe verhängt bzw. vollstreckt wird. Das würde dem Ausnahmecharakter der Regelung und dem Ziel, kurze Freiheitsstrafen möglichst zurückzudrängen, zuwiderlaufen. Aber auch eine Generalisierung nach der anderen Seite ist ausgeschlossen. Es können auch nicht bestimmte Delikte, für die die konkrete Strafdrohung Freiheitsstrafe vorsieht, von der Verhängung von Freiheitsstrafe ausgeschlossen werden<sup>4)</sup>.

### IV. Andere Maßnahmen.

Wie aus dem Wort "unerlässlich" und der Absicht des Gesetzgebers, die kurze Freiheitsstrafe möglichst zurückzudrängen, zu entnehmen ist, stellt die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe bzw. die Versagung von Strafaussetzung das letzte Mittel dar. Diese Maßnahmen sind nur als ultima ratio zulässig<sup>5)</sup>. Sie dürfen daher nur ergriffen werden,

- 
- 1) BGH NJW 1971, 439 ff (440); OLG Celle NJW 1970, 872 f (873) und DAR 1970, 188 ff (189); Lackner-Maassen § 14 Anm. 3; Horstkotte JZ 1970, 126.
  - 2) BGH NJW 1971, 439 ff (440); OLG Düsseldorf NJW 1970, 767 f (768); OLG Hamm NJW 1970, 1384 f (1385) und VRS 39, 479 f (480); OLG Celle DAR 1970, 188 ff (189); OLG Frankfurt NJW 1971, 666 ff (667); OLG Oldenburg VRS 38, 426 ff (430); Schönke-Schröder § 14 Rdn. 6; Lackner-Maassen § 23 Anm. 5 b; Dreher § 14 Anm. 2 A; Horstkotte NJW 1969, 1604; ders. JZ 1970, 126; Martin Blutalkohol 1970, 16.
  - 3) OLG Karlsruhe Justiz 1970, 168 f (169); Horstkotte JZ 1970, 122.
  - 4) vgl. oben S. 63.
  - 5) Sturm Prot. S. 2140; Martin Blutalkohol 1970, 18; Horstkotte NJW 1969, 1604.

wenn andere kriminalrechtliche Maßnahmen nicht ausreichend sind<sup>1)</sup>.

a) Für den Regelfall geht das Gesetz in § 14 StGB davon aus, daß die Rechtsordnung mit einer Geldstrafe ausreichend verteidigt werden kann. Kann dies durch eine niedrige Geldstrafe nicht geschehen, ist gegebenenfalls eine sehr hohe Geldstrafe zu verhängen<sup>2)</sup>.

b) Eine sehr erhebliche Bedeutung ist auch den Nebenstrafen einzuräumen. Das gilt für den Bereich der Verkehrsdelikte, insbesondere für das Fahrverbot nach § 37 StGB<sup>3)</sup>. Das Fahrverbot stellt für zahlreiche Kraftfahrer ein größeres Übel dar als eine Geldstrafe oder eine geringe Freiheitsstrafe.

c) Maßregeln der Sicherung und Besserungen stellen an sich keinen Ersatz für die kurze Freiheitsstrafe dar, da diese Maßnahmen zur Voraussetzung haben, daß sie aus spezialpräventiven Gründen zur Sicherung oder Besserung des Täters notwendig sind. Wird jedoch eine Maßnahme der Sicherung oder Besserung verhängt, so stellt das in aller Regel ein sehr erhebliches Übel dar. Es ist daher besonders sorgfältig zu prüfen, ob die Verhängung dieser Maßregel nicht ausreicht, um die rechtliche Gesinnung zu erhalten. Dies gilt vor allem für die Entziehung der Fahrerlaubnis gemäß §§ 42 m ff StGB<sup>4)</sup>.

d) Bei der Prüfung, ob die Strafaussetzung zur Bewährung versagt werden darf, ist besonders die Möglichkeit der Bewährungsauflagen zu berücksichtigen. Diese Auflagen stellen ebenfalls ein Übel dar.

---

1) Lackner-Maassen § 14 Anm. 3; Martin Blutalkohol 1970, 18; Horstkotte NJW 1969, 1604.

2) OLG Frankfurt NJW 1971, 666 ff (668); Horstkotte NJW 1969, 1604; Martin Blutalkohol 1970, 18.

3) OLG Frankfurt NJW 1971, 666 ff (668); Horstkotte NJW 1969, 1604.

4) vgl. Bickhoff NJW 1971, 273, 274.

#### V. Im Zweifel Geldstrafe und Strafaussetzung.

Die scharfe Formulierung "unerläßlich" legt es auch nahe, daß es für die Verhängung einer Freiheitsstrafe nicht ausreicht, wenn es zweifelhaft erscheint, ob durch eine Geldstrafe die Rechtsordnung verteidigt werden kann. Im Gegensatz zu § 27 b StGB aF<sup>1)</sup> ist bei § 14 StGB im Zweifel Geldstrafe zu verhängen<sup>2)</sup>. Das wird bestätigt durch einen Vergleich des Satzbaues der beiden Vorschriften. Während in § 27 b StGB aF die Voraussetzungen für die Verhängung von Geldstrafe im Bedingungssatz standen ("...so ist an Stelle der Freiheitsstrafe auf Geldstrafe (§§ 27, 27 a) zu erkennen, wenn..."), enthält der Konditionalsatz des § 14 StGB die Voraussetzungen für die Verhängung von Freiheitsstrafe ("Eine Freiheitsstrafe unter sechs Monaten verhängt das nur, wenn..."). Dasselbe gilt für § 23 Abs. 3 StGB ("...wird die Vollstreckung nicht ausgesetzt, wenn die Verteidigung der Rechtsordnung sie gebietet.")

---

1) vgl. oben S. 19.

2) Dreher § 24 Anm. 2 C.

## 15. Kapitel

### Abstellen auf das Verständnis der Bevölkerung für die Strafe

#### I. Rechtliche Gesinnung ist ein subjektiver Gesichtspunkt.

Wann ist nun konkret die rechtliche Gesinnung der Bevölkerung gefährdet? Da es sich bei der rechtlichen Gesinnung um ein subjektives Element handelt, liegt es nahe, die Frage auch mit subjektiven Gesichtspunkten zu beantworten. So wird auch darauf abgestellt, ob die Strafe für das Rechtsgefühl oder das Rechtsempfinden der Bevölkerung verständlich ist<sup>1)</sup> oder ob die Strafe von der Bevölkerung als ungerechtfertigtes Zurückweichen oder als Nachgiebigkeit gegenüber dem Verbrechen empfunden wird<sup>2)</sup>. Diese rein subjektiven letztlich irrationalen<sup>3)</sup> Kriterien können aber nicht für die Entscheidung maßgeblich sein, ob zur Verteidigung der Rechtsordnung einzuschreiten ist.

#### II. Gedanken von Vergeltung und Schuld.

Ein Abstellen auf das Verständnis der Bevölkerung für die konkrete Strafe führt dazu, daß letztlich wieder die Gedanken von Schuld und Vergeltung ausschlaggebend sind<sup>4)</sup>.

---

1) BGG NJW 1971, 439 ff (440); NJW 1971, 664 ff (665, 666); OLG Hamm NJW 1970, 1384 f (1385); OLG Köln NJW 1970, 258 ff (259).

2) BGH NJW 1971, 439 ff (440); BayObLG NJW 1970, 871; NJW 1970, 1382 ff (1383); OLG Frankfurt NJW 1971, 666 ff (668); OLG Stuttgart NJW 1971, 629 f (630); OLG Düsseldorf VRS 39, 328 ff (329).

3) Teuerkauf NJW 1971, 662.

4) Schröder JZ 1971, 243; Eickhoff NJW 1971, 273.

Wie bereits erwähnt, besteht auch ein Genugtuungsbedürfnis der Allgemeinheit<sup>1)</sup>. Der Bevölkerung ist nur eine solche Strafe verständlich, die dieses Genugtuungsbedürfnis befriedigt<sup>2)</sup>. Mehr noch als der Schuld kommt der Vergeltung entscheidende Bedeutung zu<sup>3)</sup>. Das Genugtuungsbedürfnis richtet sich weniger auf einen Ausgleich der Schuld als auf einen Ausgleich des objektiven Unrechts<sup>4)</sup>. Hinzu kommt das Phänomen der sogenannten Sündenbockprojektion<sup>5)</sup>, wodurch ebenfalls bewirkt wird, daß für die Bevölkerung eine schwerere Strafe verständlicher ist als eine milde.

Dagegen spielen die Gedanken, die dem 1. StrRG zugrunde liegen, beim Verständnis der Bevölkerung für die Strafe praktisch keine Rolle<sup>6)</sup>. Auch mancher, der bei einer abstrakten Wertung Verständnis für die Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe und des Abschreckungsgedankens aufbringt, läßt sich beim Verständnis für die konkrete Strafe von Gedanken der Vergeltung leiten und vom Vertrauen auf die motivierende Kraft der Strafe<sup>7)</sup>, insbesondere der schweren Strafe.

Es ist daher konsequent, daß diejenigen, die auf das Verständnis der Bevölkerung abstellen, Gesichtspunkte von Schuld und Unrecht in den Vordergrund stellen, indem diesen Gesichtspunkten "mittelbare" Bedeutung eingeräumt wird, zB. einem besonderen Verschulden<sup>8)</sup>, einem erheb-

---

1) vgl. oben S. 41 f.

2) vgl. Eickhoff NJW 1971, 273.

3) vgl. Eickhoff NJW 1971, 273.

4) vgl. dazu Hellmer S. 19

5) vgl. dazu zuletzt Ostermeyer ZRP 1970, 241; Melcher ZRP 1971, 1 ff; dagegen Wellmann ZRP 1971, 71 f.

6) Schröder JZ 1971, 242.

7) vgl. Bockelmann JZ 1951, 495.

8) BGH NJW 1971, 664 ff (665); BayObLG NJW 1970, 1382 ff (1383); OLG Hamm NJW 1970, 870 L; OLG Köln NJW 1970, 258 ff (259); VRS 39, 108 ff (109); OLG Düsseldorf VRS 39, 328 ff (329); Koch NJW 1970, 844; Krüger Blutalkohol 1969, 359.

lichen Maß an Verantwortungslosigkeit<sup>1)</sup>, einer erheblichen verbrecherischen Intensität<sup>2)</sup>, besonders schweren Folgen der Tat<sup>6)</sup>.

Schuld und Vergeltung sollen aber gerade nicht erfaßt werden<sup>3)</sup>. Zwar besteht nicht, wie Schröder<sup>4)</sup> meint, ein innerer Widerspruch zwischen der These, daß der Gedanke der Sühne nicht mehr berücksichtigt werden darf, und der Aufzählung von Faktoren, die das Sühnebedürfnis begründen; denn Vergeltung, Sühne und Schuldausgleich sind hier nicht Selbstzweck; es geht um die Erhaltung der rechtlichen Gesinnung. Begründet man aber eine Gefahr für die rechtliche Gesinnung mit Umständen, die die Schuld und die Vergeltung betreffen, so ist es nur von theoretischer Bedeutung ohne praktische Auswirkung, ob man von mittelbarer oder unmittelbarer Bedeutung spricht. Dem Zweck des 1. StrRG kann daher durch ein Abstellen auf das Verständnis der Bevölkerung nicht ausreichend Rechnung getragen werden.

### III. Die verletzte Norm.

Das Verständnis der Bevölkerung für eine Strafe hängt auch immer von der verletzten Norm ab<sup>5)</sup>, weil eben die Bevölkerung in erster Linie das begangene Unrecht im Auge hat. Je höher das verletzte Rechtsgut in der Bevölkerung geschätzt wird, um so weniger wird eine mildere Strafe Verständnis finden. Es ist kaum anzunehmen, daß die Aussetzung einer **Freiheitsstrafe** von einem Jahr das Verständnis der Bevöl-

---

1) BGH NJW 1971, 664 ff (665).

2) BGH NJW 1971, 439 ff (440).

3) oben S. 35 f.

4) JZ 1971, 243.

5) Konsequenter Weise wird auch der Art Bedeutung eingeräumt; vgl. BGH NJW 1971, 439 ff (440).

6) BGH NJW 1971, 439 ff (440); NJW 1971, 664 ff (665); OLG Hamm NJW 1970, 870 L; OLG Oldenburg VRS 38, 426; Dreher § 14 Anm. 2 A a; Koch NJW 1970, 844; Wagner DRiZ 1970, 277.

kerung findet, wenn die Strafe wegen versuchter Blutschande in Tateinheit mit versuchter Notzucht, Unzucht mit Abhängigen und Unzucht mit Kindern verhängt wird<sup>1)</sup>, vor allem dann, wenn die Bevölkerung nicht mit juristischen Tatbestandsbezeichnungen unterrichtet wird, sondern wenn ihr die Tat selbst geschildert wird. Welche besonderen Umstände müssen dagegen vorhanden sein, daß es der Bevölkerung unverständlich erscheint, wenn derjenige der gegen § 363 StGB verstößt nicht mit einer Freiheitsstrafe bestraft wird? Der Grundsatz, daß nicht auf bestimmte Deliktstypen und Tatbestände abzustellen ist<sup>2)</sup>, wird dadurch weitgehend ausgehöhlt.

#### IV. Einfluß der Massenmedien.

Macht man ernst damit, daß das Verständnis der Bevölkerung entscheiden soll, so werden die Angeklagten und die Gerichte in großem Maße den Massenmedien ausgeliefert, wenn der Fall in der Öffentlichkeit Aufsehen erregt. Läuft etwa gerade eine Pressekampagne gegen irgendwelche sozialen Mißstände und hebt die Presse deshalb die besonders schwere Kindheit und die schwierigen Lebensbedingungen des Täters hervor, während sie das Opfer als schlechten Menschen darstellt, so wird der Bevölkerung eine milde Strafe verständlich erscheinen. Stellt die Presse dagegen im gleichen Fall das Unrecht der Tat heraus, erregt Mitleid für das Opfer, prangert das um sich greifende Verbrechen an und beklagt sich über die Milde der Justiz, so wird die Bevölkerung eine milde Strafe verlangen. Wo ist hier die Gerechtigkeit?

---

1) so der Fall BGH NJW 1971, 439 ff.

2) vgl. oben S. 67.

## V. Schwierigkeit der Feststellung.

Wie soll auch einigermaßen exakt festgestellt werden, wann eine Strafe dem Verständnis der Bevölkerung entspricht und wann die Bevölkerung ein ungerechtfertigtes Zurückweichen vor dem Verbrechen annimmt? Eine Gesamtwürdigung und Abwägung aller Tat und Täter kennzeichnender Umstände<sup>1)</sup> kann dieses Problem nicht lösen. Sicher müssen alle Umstände in Betracht gezogen werden. Aber ist der Richter wirklich in der Lage, auf das Verständnis der Bevölkerung abzustellen, oder stellt er letztlich nicht auf sein Verständnis ab? Erfährt die Bevölkerung überhaupt von all diesen Umständen? Wird sie die Abwägung nachvollziehen oder wird sie nicht eher irgendeinen Umstand herausgreifen und diesem alles andere unterordnen? Die Bevölkerung wird bei der Häufung bestimmter Verbrechen immer eine strenge Bestrafung fordern<sup>2)</sup>, auch wenn die abzuurteilende Tat nicht schwerer wiegt als der Durchschnittsfall. Die Deliktshäufigkeit ist aber kein Umstand in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters, sondern ergibt sich erst aus der Hinzunahme anderer Taten. Der Richter kann auch nie wissen, wie sein Urteil gegebenenfalls in der Presse behandelt wird. Auf jeden Fall wäre es eine Illusion anzunehmen, daß die Bevölkerung eine rationale Abwägung aller Umstände vornimmt, wie dies der Richter tun muß. Zufälligkeiten und Unwägbarkeiten haben eine entscheidende Bedeutung.

Besondere Schwierigkeiten bei der Abwägung entstehen, wenn die vorliegenden Umstände in gegensätzliche Richtungen weisen. Wie verhält es sich, wenn extrem schwere Tatfolgen

---

1) BGH NJW 1971, 439 ff (440); NJW 1971, 664 ff (665); OLG Hamm NJW 1970, 1614 f (1615); VRS 39, 479 f (480); OLG Celle NJW 1970, 872 f (873); DAR 1970, 188 ff (189); OLG Köln VRS 39, 108 ff (109); Horstkotte JZ 1970, 126; Lackner-Maassen § 14 Anm. 3.

2) Diesem Umstand wird auch bei der Abwägung Bedeutung beigemessen: BayObLG NJW 1970, 1382 ff (1383); KG JR 1970, 227; OLG Köln NJW 1970, 258 ff (259); OLG Hamm VRS 39, 479; Koch NJW 1970, 844; Martin Blutalkohol 1970, 23.

einem äußerst geringen Verschulden gegenüberstehen oder umgekehrt?

Die Findung einer Strafe, die dem Verständnis der Bevölkerung entspricht, ist zu vergleichen mit der Findung der genau schuldangemessenen Strafe. Es werden auch im wesentlichen die gleichen Gesichtspunkte genannt. Soll auch hier eine Art Spielraumtheorie zur Anwendung kommen? Das ist hier nicht möglich; denn entweder entspricht eine Strafe dem Verständnis der Bevölkerung oder nicht. Entweder ist Freiheitsstrafe zu verhängen bzw. die Strafaussetzung zu versagen oder nicht. Gegensätzliche Gesichtspunkte können deshalb auch nicht dadurch ausgeglichen werden, daß die Strafe auf ein Mittelmaß festgesetzt wird.

Es ist daher festzustellen, daß das Verständnis der Bevölkerung für eine bestimmte Strafe nur vermutet werden kann. Eine sichere Prognose ist nicht möglich.

#### VI. Unverständnis muß nicht die rechtliche Gesinnung gefährden.

Wenn die Bevölkerung die Strafe als zu gering erachtet und ein Zurückweichen des Staates vor dem Verbrechen annimmt, muß noch nicht die rechtliche Gesinnung gefährdet sein; denn gerade derjenige, der die Tat besonders verabscheut, wird eine milde Strafe als unverständlich empfinden; bei ihm besteht aber in besonders geringem Maße die Gefahr, daß auch er ein ähnliches Verbrechen begeht<sup>1)</sup>.

Ein weiteres kommt hinzu: Wie oben<sup>2)</sup> gezeigt, ist auf die rechtliche Gesinnung dadurch einzuwirken, daß die

---

1) vgl. Dede MDR 1970, 723 aber auch oben S. 45 FBn.4.

2) S. 55.

Überzeugung erhalten und bestärkt wird, daß sich das Verbrechen nicht lohnt. Zwar wird in aller Regel die Strafe für die Bevölkerung unverständlich sein, wenn sie zu der Überzeugung kommt, daß sich bei dieser Strafe das Verbrechen lohnt. Das Verbrechen kann aber auch dann nicht lohnend sein, wenn die Strafe für das Rechtsgefühl der Bevölkerung unverständlich ist. Die Bevölkerung kann durchaus auch bei Geldstrafe und anderen Maßnahmen der Überzeugung sein, daß sich das Verbrechen nicht lohnt; die Strafe ist dem allgemeinen Rechtsempfinden aber deshalb unverständlich, weil es vom Vergeltungs- und Genugtuungsstreben beherrscht wird.

## VII. Entstehungsgeschichte.

Gegen ein Abstellen auf das Verständnis der Bevölkerung läßt sich auch ein Argument aus der Entstehungsgeschichte anführen. Der Sonderausschuß hat dem Ausdruck "Bewährung der Rechtsordnung" unter anderem deshalb den Vorrang vor der Formulierung "Wahrung der Rechtstreue des Volkes" eingeräumt, weil jener Ausdruck mehr objektiv zu fassen ist, während dieser starke subjektive Elemente enthalte und weniger präzise sei<sup>1)</sup>. Auch wurde bereits im Sonderausschuß zutreffend darauf hingewiesen, daß verschiedene Bevölkerungsgruppen verschiedene Strafen verlangen können. So führte Dreher<sup>2)</sup> als Beispiel an, daß in den Fällen der Trunkenheit am Steuer der Fußgänger verlangen werde, daß die Strafe nicht zur Bewährung ausgesetzt werde, während der Kraftfahrer meinen werde, daß er dann schlechter behandelt werde als der Dieb.

---

1) Sturm Prot. S. 643; Dreher Prot. S. 645 und 646.

2) Prot. S. 645.

VIII. Abstellen auf Verständnis der Bevölkerung nicht  
notwendig.

Ein Abstellen auf der Verständnis der Bevölkerung ~~für~~ die Strafe ist auch nicht erforderlich. Die Entscheidung kann auf objektiver Grundlage getroffen werden. Es kann objektiv festgestellt werden, wann sich das Verbrechen lohnt, wann von einer Durchsetzung des Rechts gegenüber dem Unrecht nicht mehr gesprochen werden kann. Die objektiven Fakten wirken auf die Überzeugung der Bevölkerung ein<sup>1)</sup>. Sie werden auf die Dauer eine größere Wirkung haben als augenblickliche Emotionen über ein unverständliches Urteil. Diese objektiven Entscheidungsgrundlagen darzustellen, ist Aufgabe des nächsten Kapitels.

---

1) vgl. Dreher Prot. S. 645.

## 16. Kapitel

### Das Verbrechen darf sich nicht lohnen

#### I. Grundsätzliches.

Auszugehen ist von dem Zweck der Regelung, die rechtliche Gesinnung der Rechtsgenossen dadurch zu erhalten, daß die Überzeugung gefestigt und erhalten wird, daß sich das Verbrechen nicht lohnt, weil das Recht gegenüber dem Unrecht durchgesetzt wird und das Übel, das der Tat folgt, größer ist als die Unlust, die aus dem Unterlassen der Tat entspringt<sup>1)</sup>. Wie ebenfalls bereits festgestellt wurde<sup>2)</sup>, ist stets auf den Einzelfall abzustellen. Nur an Hand des jeweiligen Einzelfalls kann festgestellt werden, ob sich das Verbrechen lohnt. Es muß daher konkret gefragt werden: Lohnt sich das Verbrechen für den abzuurteilenden Täter, wenn keine Freiheitsstrafe verhängt wird bzw. die Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt wird?

Das Verbrechen lohnt sich für den Täter, wenn er von der Strafe nicht getroffen wird, wenn die Maßnahme, die gegen ihn verhängt wird, für ihn kein Übel darstellt. Er kommt dann - von zivilrechtlichen Folgen zunächst einmal abgesehen - voll in den Genuß seiner Tat. Das Verbrechen bringt ihm nur Vorteile.

Das Verbrechen lohnt sich aber auch dann, wenn die Strafe für den Täter zwar ein Übel darstellt, das Übel aber geringer ist als die Unlust, die aus dem Unterlassen der Tat entsprungen wäre. Der Vorteil, den die Tat dem Täter gebracht hat, ist größer als der Nachteil, den die Strafe bringt.

---

1) vgl. oben S. 55 ff.

2) oben S. 67.

Wann sich in diesem Sinne das Verbrechen für den Täter lohnt, kann nicht generell und abstrakt festgelegt werden. Es ist ein Abstellen auf den Einzelfall erforderlich. Hier muß die umfassende Abwägung des Einzelfalls stattfinden<sup>1)</sup>. Abgewogen werden muß einerseits der Vorteil, den der Täter erlangt hat, und andererseits die Nachteile, die der Täter im Zusammenhang mit der Tat erlitten hat und durch die Strafe erleidet. Die folgenden Gesichtspunkte können daher nur als Richtlinien für diese Abwägung verstanden werden.

## II. Der Täter wird von der Strafe nicht getroffen.

Das Verbrechen hat sich für den Täter in aller Regel dann gelohnt, wenn ihn das Strafübel nicht trifft. Selbst wenn er das durch das Verbrechen Erlangte wieder herausgeben muß, wird dieser Nachteil nicht größer sein als die Unlust, die aus dem Unterlassen des Verbrechens gefolgt wäre. Der Täter muß ja nur das zurückgeben, was er erhalten hat.

### 1. Ein Dritter bezahlt die Geldstrafe oder die Geldbuße.

Den Täter trifft das Strafübel zunächst dann nicht, wenn ein Dritter die Geldstrafe bzw. Geldbuße bezahlt. Hier erleidet der Dritte das Übel, nicht der Täter<sup>2)</sup>.

Daß es unter der Geltung von § 27b StGB aF bestritten war, ob in diesem Fall eine Freiheitsstrafe zu verhängen ist, und die neuere Rechtsprechung die Verhängung einer Geldstrafe für geboten hielt<sup>3)</sup>, steht nicht entgegen, jetzt Freiheitsstrafe zu verhängen bzw. die Strafaussatzung zu versagen. Die Feststellung, daß nach der neuen Regelung die Verhängung bzw. Vollstreckung kurzer Freiheitsstrafen

---

1) Nachweise für die Notwendigkeit einer Abwägung im Einzelfall, wenn auch unter anderen Gesichtspunkten, vgl. oben S. 74 FbN. 1.

2) RGSt 65, 308 f (309); Zipf MDR 1965, 633.

3) vgl. oben S. 18 f.

nur unter engeren Voraussetzungen zulässig sein soll als früher<sup>1)</sup>, kann nicht so verstanden werden, daß in allen Fällen, in denen früher keine Freiheitsstrafe verhängt werden durfte, auch jetzt Geldstrafe verhängt werden muß. Diese Aussage ist nur eine Folgerung aus der Entstehungsgeschichte<sup>2)</sup>. Dem Gesetzgeber ging es aber nur darum, die Zahl der kurzen Freiheitsstrafen zurückzudrängen. Die Voraussetzungen für eine kurze Freiheitsstrafe sind jedoch neu geregelt. Sie müssen daher auch selbständig und neu geprüft werden.

Auch das Argument des BayObLG<sup>3)</sup>, daß für den Täter auch dann ein Strafübel bleibe, wenn eine Geldstrafe von einem Dritten bezahlt wird, weil der Täter den Belastungen ausgesetzt sei, welche die Verurteilung zu einer Kriminalstrafe für Ansehen und Fortkommen mit sich bringt, steht nicht entgegen; denn diese Nachteile müssen nicht bei jedem Täter auftreten und nicht größer sein als die Vorteile des Verbrechenens. Allerdings sind diese Nachteile bei der Abwägung mit zu berücksichtigen.

Eine Schwierigkeit besteht allerdings bei § 14 StGB, da die Freiheitsstrafe, die zur Einwirkung auf den Täter nicht erforderlich ist, zur Bewährung ausgesetzt werden muß, wenn sie -was ja hier stets der Fall ist- sechs Monate nicht übersteigt (§ 23 Abs.3 StGB). Wenn man von den Fällen absieht, in denen der Täter schon allein die Verhängung der Freiheitsstrafe als ausreichendes Übel ansieht, ist nichts damit gewonnen, wenn dem Täter statt einer Geldstrafe eine Geldbuße auferlegt wird. Hier ist es aber dann möglich, dem Täter die Auflage zu machen, sonst eine gemeinnützige Leistung zu erbringen. Der Täter erleidet dann selbst ein

---

1) vgl. oben S. 33.

2) vgl. oben S. 33.

3) NJW 1964, 2120 f (2121).

Übel, weil er persönlich tätig werden muß (§ 24 a Abs.2 Nr.3 StGB)<sup>1)</sup>. Eine Maßnahme nach § 24 a Abs.2 Nr.3 StGB dürfte sich in allen Fällen empfehlen, in denen der Täter durch Geldzahlen nicht getroffen werden kann.

## 2. Das Geldzahlen trifft wirtschaftlich einen Dritten.

Dem Täter widerfährt auch kein Übel, wenn die Geldstrafe oder die Geldbuße zwar von ihm selbst bezahlt wird, wirtschaftlich aber einen Dritten trifft.

Das ist einmal der Fall, wenn sich der Täter keinerlei Einschränkungen auferlegt, sondern das Geld auf Kosten des Ehegatten oder der Kinder aufbringt. Dagegen kann nicht eingewendet werden, daß auch eine zu verbüßende Freiheitsstrafe die Familie trifft und zwar unter Umständen schwerer. Es geht hier nicht um die Familie, sondern darum, daß dem Täter selbst ein Übel auferlegt wird.

Möglich ist auch, daß der Täter kein Vermögen besitzt und nur geringe Einkünfte hat und erhebliche Verbindlichkeiten erfüllen soll. Der Verurteilte würde hier, wenn er zu etwas Geld kommt, dieses zur Bezahlung der Geldstrafe verwenden. Das Geld wird dann wirtschaftlich dem Gläubiger und nicht dem Täter entzogen. Allerdings ist hier darauf zu achten, ob das Geld, das der Täter zur Bezahlung von Geldstrafe oder Geldbuße aufwenden müßte, tatsächlich den Gläubigern zugute kommen würde.

---

1) Entgegen der Auffassung des OLG Hamburg (MDR 1969, 776) ist nicht jede Arbeitsauflage grundgesetzwidrig (Dreher § 24a Anm. 2 C mit Nachweisen). Ohne diese Problematik ausführlich aufzurollen, sei auf Art. 12 Abs.3 GG hingewiesen, wonach Zwangsarbeit bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig ist. Es ist zuzugeben, daß die Väter des GG diesen Fall der Bewährungsauflage nicht im Auge hatten. Aber auch die Auferlegung einer Arbeit bedeutet letztlich einen Freiheitsentzug, da sich der Verurteilte zur Arbeitsleistung an einem bestimmten

### 3. Der Täter ist zu einer Geldzahlung nicht in der Lage.

Besonders problematisch ist die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn der Täter aus wirtschaftlicher Not nicht in der Lage ist, eine Geldstrafe oder Geldbuße zu bezahlen.

Nach § 27b StGB aF konnte nach einhelliger Meinung mit der Zahlungsunfähigkeit des Täters allein eine Freiheitsstrafe nicht gerechtfertigt werden, weil angenommen wurde, daß sonst der Gleichheitssatz verletzt ist<sup>1)</sup>. Dagegen bestehen aber gewisse Bedenken. Der Gleichheitsgrundsatz wird hier nur formal angewandt. Man geht schematisch davon aus, daß Freiheitsstrafe schlechthin die schwerere Strafe ist. Das kann aber im Einzelfall durchaus anders sein. Auch kann bei der Prüfung einer Strafe am Gleichheitssatz Vergleichsmaßstab nur das Übel sein, das den Täter trifft. Wenn aber ein Täter deshalb kein Übel erleidet, weil er kein Geld bezahlen kann und eine andere Maßnahme nicht verhängt werden darf, so fehlt es doch an der Gleichheit gegenüber demjenigen, der eine Geldstrafe bezahlen kann, wenn auch nur unter großen Opfern. Diese Frage kann aber letztlich dahinstehen, da aus dem Gesetz selbst eine verfassungskonforme Entscheidung zu entnehmen ist.

---

(Fortsetzung von S. 81):

vorgeschriebenen Ort aufhalten muß. Hinzukommt, daß gegen eine Arbeitspflicht in einer Justizvollzugsanstalt keine Bedenken bestehen. Die Verteidigung der Rechtsordnung kann aber den Vollzug der Freiheitsstrafe gebieten, wenn der Täter eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten oder mehr verwirkt hat und dem Täter durch eine andere Maßnahme als Vollzug oder Arbeitsauflage kein Übel zugefügt werden kann. Es muß daher auch der geringere Eingriff, die Verpflichtung zur Arbeit außerhalb der Strafanstalt, zulässig sein. Selbstverständlich dürfen keine entwürdigenden, unzumutbaren oder gegen andere Grundrechte verstoßenden Arbeitsauflagen gemacht werden.

1) vgl. oben S. 18 mit Nachweisen in FBn. 3; OLG Düsseldorf MDR 1970, 1025 f.

Auszugehen ist von der Regelung, die das Gesetz für den Fall getroffen hat, daß eine Geldstrafe uneinbringlich ist. Ist die Uneinbringlichkeit verschuldet, so droht dem Täter die Ersatzfreiheitsstrafe (§ 29 Abs.1 StGB), wenn ihm nicht die Tilgung durch freie Arbeit gestattet wird (§ 28 b StGB) und er davon Gebrauch macht. Verstößt der Verurteilte gröblich oder beharrlich gegen die Bewährungsaufgabe, erfolgt der Widerruf der Strafaussetzung (§ 25 Abs.1 Nr.2 StGB).

Ist dagegen der Verstoß gegen die Bewährungsaufgabe nicht schuldhaft, so kann die Strafaussetzung nicht widerrufen werden. Kann eine Geldstrafe ohne Verschulden des Verurteilten nicht eingebracht werden, so kann das Gericht anordnen, daß die Vollstreckung der Freiheitsstrafe unterbleibt (§ 29 Abs.4 StGB). Die §§ 25 und 29 StGB enthalten keine Einschränkung zugunsten einer Verteidigung der Rechtsordnung; dieser Gesichtspunkt könnte nur im Rahmen des Ermessens nach § 29 Abs.4 StGB berücksichtigt werden.

Diese Regelung läßt einen Schluß auf das hier vorliegende Problem zu: Unverschuldete Leistungsunfähigkeit soll grundsätzlich nicht zur Verbüßung einer Freiheitsstrafe führen und zwar auch dann nicht, wenn die Leistungsunfähigkeit auf Umstände zurückgeht, die schon vor dem Urteil liegen<sup>1)</sup>. In den Fällen, in denen das Gesetz dem zu einer Geldzahlung Verurteilten keinen Nachteil aus seiner Zahlungsunfähigkeit entstehen läßt, kann dem Täter aber auch dann kein Nachteil entstehen, wenn bereits bei Urteilsfällung oder Fassung des Beschlusses über die Bewährungsaufgaben erkennbar ist, daß eine Zahlungsfähigkeit nicht vorliegt. Damit würde die Grundentscheidung des Gesetzes unterlaufen. Auch besteht kein Unterschied in der Einwirkung auf die rechtliche Gesinnung, ob der Täter nur deshalb kein Übel erleidet, weil die Zahlungsunfähigkeit erst nach dem Urteil erkannt wurde, oder ob dieser Umstand bereits bei Urteilsfällung erkennbar war.

---

1) vgl. Dreher § 29 Anm. 3

Führt jedoch die Leistungsunfähigkeit des Täters dazu, daß er eine Freiheitsstrafe verbüßen muß, dann ist die Verteidigung der Rechtsordnung nicht unerläßlich; denn den Täter trifft dann dadurch ein Strafübel.

Der Fall, daß der Täter unverschuldet nicht den Mindestbetrag von 5.- DM (§ 27 Abs.2 StGB) Geldstrafe oder eine nach unten nicht begrenzte Geldbuße nicht bezahlen kann, dürfte ohnehin kaum vorkommen. Ob eine Geldzahlung in dieser geringen Höhe zur Verteidigung der Rechtsordnung ausreichend ist, ist ein anderes Problem, das später behandelt wird.

Besteht hier aber nicht ein Widerspruch zu dem eben behandelten Fall, daß das Geldzahlen wirtschaftlich die Gläubiger trifft? Auch damit ist doch letztlich die Zahlungsfähigkeit angesprochen. Der Unterschied besteht darin, daß einmal die Zahlung zu erwarten ist, während in diesem Fall die Nichtzahlung zu erwarten ist. Beahlt der Täter, wenn auch auf Kosten seiner Gläubiger, so wird er endgültig befreit. Gegen ihn können keine Maßnahmen mehr ergriffen werden. Allenfalls könnte im Falle der Bewährungsauflage eine Änderung nach § 24d StGB erwogen werden. Beahlt der Täter dagegen die Geldstrafe nicht, kommt eine Tilgung durch freie Arbeit nach § 28b StGB in Betracht. Ist das möglich, besteht keine Veranlassung, von § 29 Abs.4 StGB Gebrauch zu machen. Auch wenn die Anordnung nach § 29 Abs.4 StGB ergeht, greift bei nachträglicher Vermögensbesserung wieder § 28a StGB ein<sup>1)</sup>. Auch wenn die Strafaussetzung nicht widerrufen wird, hat das nicht zur Folge, daß dem Täter die Bewährungsauflage erlassen wird.

Hier war im wesentlichen nur vom Geldzahlen als Alternative zur Freiheitsstrafe die Rede. Wie aber bereits oben<sup>2)</sup> ausge-

---

1) vgl. Dreher § 29 Anm.3.

2) S. 67 f.

führt, ist vor Verhängung einer Freiheitsstrafe bzw. Versagung von Strafaussetzung zu prüfen, ob nicht der Täter durch eine andere kriminalrechtliche Maßnahme ein Übel erleidet.

### III. Der Täter wird von der Strafe nicht genügend getroffen.

Auch im folgenden sollen der Übersichtlichkeit halber der Freiheitsstrafe nur die Geldstrafe und dem Vollzug der Freiheitsstrafe nur die Zahlung eines Geldbetrages als Bewährungsaufgabe gegenübergestellt werden. Auch hier sind jedoch vorrangig andere kriminalrechtliche Maßnahmen zu beachten.

Eine Gefahr für die rechtliche Gesinnung besteht nicht nur dann, wenn dem Täter überhaupt kein Strafübel zugefügt wird und damit dokumentiert wird, daß man straflos eine Straftat begehen kann, sondern auch dann, wenn dem Täter nur ein Übel zugefügt wird, das geringer ist als die Unlust, die aus dem Unterlassen der Tat entstanden wäre. Dieser Gesichtspunkt hat die größere Bedeutung; die Fälle, daß dem Täter nur durch eine Freiheitsstrafe oder Versagung der Strafaussetzung überhaupt ein Übel zugefügt werden kann, dürften sehr selten sein.

#### 1. Dem Täter ist die Tat das Geld wert.

Die Tat lohnt sich, wenn dem Täter sein Verbrechen das Geld wert ist. Zu denken ist hier vor allem an Fälle der Beleidigung und Körperverletzung, bei denen der Täter eine Strafverfolgung nicht nur für möglich, sondern sogar für wahrscheinlich hält, aber aus Wut, Haß oder nur um dem anderen zu schaden, bereit ist, das Geld zu bezahlen. Hier

ist, wenn die Rechnung des Täters **aufgeht**, das Strafübel geringer als die Befriedigung, die der Täter durch die Tat hat.

Hier kann allerdings die Rechtsbewährung in aller Regel dadurch erfolgen, daß die Geldstrafe oder Geldbuße erheblich höher festgesetzt wird, als sich der Täter das vorgestellt hat. Einer Erhöhung der Geldstrafe sind aber Grenzen gesetzt.

Zum einen besteht die formelle Höchstgrenze des § 27 Abs.2 StGB. Die §§ 27a, 27b StGB sind in diesen Fällen praktisch immer ausgeschlossen, da der Täter ja mit seiner Überführung rechnet, also auch damit, daß ihm ein finanzieller Vorteil nicht verbleibt. Ist der Täter bereit, das Höchstmaß zu bezahlen, kann die Verhängung einer Freiheitsstrafe unerläßlich sein. Für die Frage der Strafaussetzung hat dieser Gesichtspunkt keine Bedeutung, da § 24a Abs.2 Nr.2 StGB kein Höchstmaß vorsieht.

Zu beachten ist aber auch die Höchstgrenze, die durch das Schuldmaß bestimmt wird<sup>1)</sup>. Eine das Schuldmaß übersteigende Geldzahlung darf nicht verhängt werden. Wie bereits mehrfach hervorgehoben, kann eine Freiheitsstrafe milder sein als eine Zahlungspflicht. Ist dem Täter die Tat eine schuldangemessene Geldstrafe wert, kann die Verteidigung der Rechtsordnung unerläßlich sein.

---

1) vgl. statt vieler: BVerfGE 1, 332 ff (348); 6, 389 ff (439); BVerfG NJW 1970, 1453 f (1454); BayVerfGH VGH nF 3 II 109 ff (114); BGH MDR 1956, 180; Jagusch LK vor § 13 Anm. B I 2 c; Petters-Preisendanz Einl. S. 2.

## 2. Das Risiko einer Strafe kann in Kauf genommen werden.

Bei der Prüfung der Frage, wann sich das Verbrechen lohnt, muß auch in Rechnung gestellt werden, daß nur ein Teil der Verbrechen aufgeklärt wird. Unter Berücksichtigung dieser Tatsache lohnt sich das Verbrechen auch dann, wenn die Strafe im Verhältnis zum erstrebten Erfolg so gering ist, daß sie als Risiko in Kauf genommen werden kann. Je geringer das Risiko des Entdecktwerdens und je größer der vom Täter erstrebte Vorteil ist, um so größer ist die Versuchung, die Straftat zu begehen, und umso größer ist die Unlust, die aus dem Unterlassen der Tat entsteht. Wenn der Täter weiß, daß er im Falle des Erfolges seiner Straftat einen großen Vorteil hat und im Falle des Mißlingens nur einen geringen Nachteil, so fällt es ihm schwerer, die Tat zu unterlassen.

Schwierig ist die Feststellung, wann die Unlust des Unterlassens der Tat größer ist als das Strafübel. Jedoch lassen sich auch hier Kriterien finden, wann sich das Verbrechen lohnt.

### a) Der Täter hat die Strafe einkalkuliert.

Ein Indiz dafür, daß sich das Verbrechen lohnt, ist es, wenn der abzuurteilende Täter mit der Großzügigkeit des Strafrechts gerechnet hat<sup>1)</sup> und eine Geldstrafe oder eine zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe einkalkuliert hat<sup>2)</sup>. Dieser Fall ist dem vorher behandelten ähnlich, daß der Täter die Strafverfolgung zwar für wahrscheinlich hält,

---

1) BayObLG NJW 1970, 1382 ff (1383); OLG Stuttgart NJW 1971, 629 f (630); Hohler NJW 1969, 1227; Kunert NJW 1970, 539.

2) Horstkotte NJW 1969, 1604; Schnebele Blutalkohol NJW 1969, 1604.

ihm die Tat aber das Geld wert ist. Auch hier rechnet der Täter damit, entdeckt zu werden, hält aber die Geldstrafe für ein so geringes Übel, daß es ihm als nachteiliger erscheint, die Straftat zu unterlassen. Hier verlangt es die Bewährung der Rechtsordnung, daß die Berechnung als irrig erwiesen wird. Würde der Täter die Strafe erhalten, mit der er gerechnet hat, so würde ihm kein größeres Übel zugefügt, als es das Unterlassen der Tat für ihn bedeutet hätte; wäre das Übel größer, so hätte er ja die Tat nicht begangen; denn er stellte seine Entdeckung und diese Strafe in Rechnung. Auch hier wird jedoch meist eine Erhöhung des Geldbetrages genügen, so daß in aller Regel die Verhängung einer Freiheitsstrafe bzw. die Versagung von Strafaussetzung nicht unerläßlich ist. In Betracht kommen also auch hier nur Fälle, in denen eine ausreichende Erhöhung des Geldbetrages nicht möglich ist<sup>1)</sup>.

b) Die Strafe kann man in Kauf nehmen.

Hat der Täter die Strafe nicht einkalkuliert, sondern sich darauf verlassen, daß er nicht erwischt wird, so ist zu fragen: Würde ein nüchtern denkender Mensch, der sich in derselben Situation befindet, in der sich der abzuurteilende Täter befand, bei realer Einschätzung der Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit seiner Entdeckung eine Geldstrafe oder eine zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe in Kauf nehmen<sup>2)</sup>. Wenn eine Kalkulation zugunsten der Übertretung der Norm ausgeht, so lohnt sich das Verbrechen. Ein Abstellen auf die Situation des Täters ist deshalb geboten, weil nur an Hand der konkreten Tat und den persönlichen Verhältnissen des jeweiligen Täters festgestellt werden kann, wann sich die abzuurteilende Tat lohnt. Dabei müssen alle

---

1) vgl. oben S. 86.

2) vgl. BayObLG NJW 1970, 1382 ff (1383); OLG Oldenburg VRS 38, 426 ff (430), wo darauf abgestellt wird, ob die Bevölkerung die Tat als Delikt mit kalkulierbarem Risiko ansieht.

Vorteile und alle Nachteile und die Wahrscheinlichkeit der Entdeckung berücksichtigt werden.

#### IV. Umstände, die gegen ein Einschreiten zur Verteidigung der Rechtsordnung sprechen.

Wenn nach den eben unter II. und III. dargestellten Umständen die Verteidigung der Rechtsordnung naheliegt, so muß sie dennoch noch nicht unerläßlich sein. Es steht damit noch nicht fest, daß sich das Verbrechen letztlich gelohnt hat, wenn der Täter nicht mit einer Freiheitsstrafe bestraft wird bzw. ihm Strafaussetzung zur Bewährung bewilligt wird.

##### 1. Ungeeignetheit der Freiheitsstrafe.

Wenn die Freiheitsstrafe nicht geeignet ist, um darzutun, daß sich das Verbrechen nicht lohnt, so darf sie nicht verhängt werden. Sie ist dann nicht nur nicht unerläßlich, sondern sinnlos. Die Verhängung und Vollstreckung sinnloser Freiheitsstrafen sollte aber gerade durch das 1. StrRG unterbunden werden.

Die Verhängung der Freiheitsstrafe bzw. die Versagung der Strafaussetzung ist dann sinnlos, wenn dadurch dem Täter kein größeres Übel auferlegt wird als durch andere Maßnahmen. Das ist z.B. bei denjenigen Tätern der Fall, die irgendwelche kleineren Delikte begehen, um relativ angenehm in einer Justizvollzugsanstalt überwintern zu können. Hier kann dadurch, daß den Wünschen des Täters entgegengekommen wird, keine Verteidigung der Rechtsordnung erfolgen.

## 2. Nachteilige Folgen der Tat für den Täter.

Berücksichtigt werden müssen auch die Nachteile, die der Täter selbst durch die Tat erlitten hat. Sind diese Nachteile größer als der angestrebte Vorteil, so wird auch ohne Verhängung einer Freiheitsstrafe bzw. Versagung von Strafaussetzung deutlich, daß sich das Verbrechen nicht lohnt. Für die rechtliche Gesinnung besteht dann keine Gefahr, weil die Bevölkerung hier besonders auffällig darauf hingewiesen wird, daß man sich von einem Verbrechen keinen Vorteil erwarten darf<sup>1)</sup>.

Dieser Gesichtspunkt liegt auch dem § 16 StGB zugrunde, wonach das Gericht, falls nicht Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verwirkt ist, von der Verhängung einer Strafe abzusehen hat, wenn die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, daß die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre<sup>2)</sup>. In den von § 16 StGB erfaßten Fällen, sind die §§ 14, 23 Abs.3 StGB daher ohnehin gegenstandslos.

Jedoch müssen hier Nachteile berücksichtigt werden, die den Täter zwar nicht so schwer getroffen haben, daß jegliche Bestrafung verfehlt ist, die aber doch so schwerwiegend sind, daß auch ohne Verhängung bzw. Vollstreckung einer Freiheitsstrafe deutlich wird, daß sich das Verbrechen nicht lohnt. In Betracht kommt ein nicht unerheblicher Körperschaden des Täters oder ein hoher Sachschaden. Zu denken ist auch an eine vom Täter nicht beabsichtigte

---

1) vgl. in diesem Zusammenhang Freud S. 82: Erst wenn die Tabuübertretung sich im Missetäter nicht spontan gerächt hat, dann erwacht bei den Wilden ein kollektives Gefühl, daß sie durch den Frevel alle bedroht wären, und sie beilen sich, die ausgebliebene Strafe selbst zu vollstrecken.

2) vgl. dazu Dreher § 16 Anm. 2 mit Beispielen.

Schädigung Dritter, die den Täter auf Jahre hinaus mit Schadensersatzansprüchen belastet, die der Täter nach seinen Kräften zu erfüllen gewillt ist. Gegebenenfalls ist eine Auflage nach § 24a Abs.2 Nr.1 StGB zu machen. Dieser Gesichtspunkt ist besonders dann zu beachten, wenn die Verhängung bzw. Vollstreckung der Freiheitsstrafe deshalb erforderlich erscheint, weil die Geldstrafe oder Geldbuße wirtschaftlich die Gläubiger trifft.

## 17. Kapitel

### Keine Abwägung mit anderen Strafzwecken

Wenn sich nach den vorstehenden Grundsätzen ergibt, daß die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe oder der Versagung von Strafaussetzung unerläßlich ist, so hat keine Abwägung mit anderen Strafzwecken mehr stattzufinden<sup>1)</sup>.

Eine Abwägung des vorliegenden generalpräventiven Aspekts mit anderen Strafzwecken läßt sich nicht damit rechtfertigen, daß generalpräventive Erwägungen bedenklich sind, wenn sie unabhängig von der Gestaltung des einzelnen Falles vorgenommen werden<sup>2)</sup>; eine isolierte Generalprävention findet hier nicht statt, weil nur besondere Umstände in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters die kurze Freiheitsstrafe rechtfertigen können. Wie die Entstehungs-

---

1) BGH NJW 1971, 439 ff (440); NJW 1971, 664 ff (665); aa OLG Stuttgart NJW 1970, 258; OLG Hamm NJW 1970, 1614 f (1615); Lackner-Maassen § 14 Anm. 4; Horstkotte NJW 1969, 1604, 1605; Schröder JZ 1971, 243.

2) Horstkotte NJW 1969, 1604.

geschichte zeigt<sup>1)</sup>, war sich der Gesetzgeber der Bedenklichkeit der Generalprävention bewußt. Dennoch hat er eine Abwägung im Gesetz nicht angeordnet. Eine ausdrückliche Anordnung der Abwägung hätte um so näher gelegen, als bei § 23 Abs.3 Nr.1 StGB aF eine Abwägung vorgenommen wurde<sup>2)</sup>.

Die Abwägung hat der Gesetzgeber selbst vorgenommen. Das wird übersehen, wenn davon die Rede ist, daß die für die Verteidigung der Rechtsordnung maßgeblichen Gesichtspunkte gegenüber den allgemeinen Bedenken gegen die kurzfristige Freiheitsstrafe ein erhebliches Übergewicht haben müssen<sup>3)</sup>. Diesen allgemeinen Bedenken trägt das Gesetz dadurch Rechnung, daß den spezialpräventiven Gesichtspunkten durch die Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe grundsätzlich der Vorrang eingeräumt ist. Für den Fall aber, daß die Rechtsordnung der Verteidigung bedarf, ist die Verhängung einer Freiheitsstrafe bzw. Versagung von Strafaussetzung selbständig und uneingeschränkt zwingend angeordnet. Hier hat die Verteidigung der Rechtsordnung immer Vorrang<sup>4)</sup>. Für eine nochmalige Berücksichtigung der spezialpräventiven Nachteile einer kurzen Freiheitsstrafe ist daher kein Raum.

---

1) vgl. oben S. 32.

2) vgl. oben S. 20.

3) OLG Hamm NJW 1970, 1614 f (1615); Lackner-Massen  
§ 14 Anm. 3.

4) BGH NJW 1971, 664 ff (666).

## 18. Kapitel

### Umstände, die keine Bedeutung haben

#### I. Besonders schwere Tatfolgen.

a) Die Tatsache, daß der abzuurteilende Täter einen besonders großen Schaden angerichtet hat, kann eine Verteidigung der Rechtsordnung nicht unerläßlich machen<sup>1)</sup>. Ob sich das Verbrechen lohnt, ist nach dem Vorteil zu beurteilen, den die Tat dem Täter bringt. War freilich der Schaden vom Täter beabsichtigt, kann die Schadenshöhe durchaus eine Rolle spielen. Aber nicht wegen der schweren Auswirkungen an sich, sondern wegen des großen Vorteils für den Täter hat dieser Umstand Bedeutung.

Die Berücksichtigung schwerer Folgen ist vor allem dann verfehlt, wenn dem Täter diese Auswirkungen seiner Tat höchst unerwünscht sind. Hier können die Tatfolgen gerade gegen eine Notwendigkeit der Verteidigung der Rechtsordnung sprechen; dann nämlich, wenn der oben<sup>2)</sup> behandelte Fall vorliegt, daß dem Täter bereits durch schwer belastende Schadensersatzansprüche ein großes Übel zugefügt wird. Aber auch hier ist es nicht der Schaden an sich, der Berücksichtigung finden muß, sondern der Nachteil, der dem Täter unmittelbar aus seinem Verbrechen erwächst.

b) Darauf, daß das Abstellen auf die Tatfolgen wieder zur Einführung von Vergeltungsgedanken führt, wurde bereits hingewiesen<sup>3)</sup>.

---

1) aa von ihrem Standpunkt aus konsequent: BGH NJW 1971, 439 ff (440); NJW 1971, 664ff (665); OLG Oldenburg VRS 38, 426; OLG Hamm NJW 1970, 870 L; Koch NJW 1970, 844; Dreher § 14 Anm. 2 A a.

2) S. 90 f.

3) S. 71 f.

c) Ein Abstellen auf die Tatfolgen kann auch zu Ungereimtheiten führen. Die Entscheidung hängt unter Umständen von einer zufälligen gesetzlichen Abgrenzung ab, wenn die Tatfolgen in einem besonderen Tatbestand oder in einer Qualifikation zusammengefaßt sind<sup>1)</sup>. Hier können diese Umstände dann keine Berücksichtigung finden, weil Tatbestandsmerkmale nicht als besondere Umstände behandelt werden dürfen<sup>2)</sup>. Das mag am Beispiel des § 315c Abs.1 Nr.1 lit. a StGB verdeutlicht werden. Verschuldet ein betrunkenener Kraftfahrer den Tod oder die Verletzung einer Person, so kann diese Tatfolge nicht als besonderer Umstand berücksichtigt werden, da der Fahrer zugleich nach den §§ 222 bzw. 230 StGB bestraft werden muß, die gerade den Eintritt dieses Erfolges voraussetzen<sup>3)</sup>. Verschuldet der Täter dagegen die Beschädigung einer Sache, so könnte das als besonderer Umstand berücksichtigt werden, weil die fahrlässige Sachbeschädigung nicht strafbar ist. Daß in diesen Fällen bei einer Sachbeschädigung die rechtliche Gesinnung der Bevölkerung nicht stärker gefährdet ist als bei einer Tötung, leuchtet ohne weiteres ein. Diese Ungereimtheiten entstehen nur in den Fällen nicht, in denen wegen der Qualifikation oder wegen des konkurrierenden Delikts eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten oder mehr bzw. von mehr als einem Jahr verhängt wird.

Eine weitere Schwierigkeit kommt hinzu, wenn man nur verschuldete Tatfolgen berücksichtigen will<sup>4)</sup>. Verschuldet z.B. der Rechtsbrecher bei seiner Tat eine Körperverletzung, so ist er auch deshalb zu bestrafen; es liegt also kein besonderer Umstand vor. Ist dagegen die Körperverletzung unverschuldet, könnte sie als besonderer Umstand gewertet werden.

---

1) Lackner JR 1970, 4.

2) vgl. oben S. 66.

3) Das übersehen Behnke, Blutalkohol 1969, 338/339, und Martin, Blutalkohol 1970, 18.

4) Dreher § 14 Anm. 2 A a.

## II. Besonderes Verschulden.

Daß im Sonderausschuß das Merkmal der Schuld gestrichen wurde<sup>1)</sup>, schließt es zwar für sich allein noch nicht aus, daß der Schuld mittelbare Bedeutung zugemessen wird<sup>2)</sup>. Aus dem Maß der Schuld kann aber nicht entnommen werden, wann sich das Verbrechen lohnt, wenn keine **Freiheitsstrafe** verhängt bzw. Strafaussetzung gewährt wird. Ein besonders schweres Verschulden kann daher nicht als einschlägiger besonderer Umstand angesehen werden<sup>3)</sup>.

## III. Einstellung des Täters gegenüber dem Recht.

Nicht von Bedeutung ist auch, ob dem Täter ein dem Recht gegenüber gleichgültiges<sup>4)</sup>, rechtsmißachtendes<sup>5)</sup> oder rechtsfeindliches<sup>6)</sup> Verhalten vorzuwerfen ist.

Daß hierfür aus dem Wortlaut nichts herzuleiten ist, wurde bereits oben<sup>7)</sup> dargestellt.

Auch legen die meisten Rechtsbrecher, zumindest wenn sie vorsätzlich handeln, ein rechtsmißachtendes Verhalten an den Tag. Würde man diesem Gesichtspunkt ein entscheidendes

---

1) vgl. oben S. 29.

2) BGH NJW 1971, 439 ff (440); NJW 1971, 664 ff (665); OLG Köln NJW 1970, 258 ff (259); OLG Büsseldorf VRS 39, 328 ff (329); BayObLG NJW 1970, 1382 ff (1383).

3) aa die zu FbN. 2 zitierten sowie OLG Hamm NJW 1970, 870 L; OLG Köln VRS 39, 108 ff (109); Koch NJW 1970, 844; Krüger Blutalkohol 1969, 359; Schröder JZ 1971, 243.

4) BayObLG NJW 1970, 1382 ff (1383); Hohler NJW 1969, 1227; BGH NJW 1971, 439 ff (440).

5) BGH NJW 1971, 439 ff (440); OLG Celle DAR 1970, 188ff (189); OLG Stuttgart NJW 1970, 258; OLG Hamm NJW 1970, 1614 ff (1615); Kunert MDR 1969, 710.

6) OLG Hamm NJW 1970, 1614 ff (1615); Kunert MDR 1969, 710.

7) S. 3.

Gewicht beimessen, so käme in der Tat, wie Theuerkauf<sup>1)</sup> sagt, die Vergünstigung wohl nur noch jenen edelmütigen Charakteren zugute, die in einer Ausnahmesituation an der rauen Wirklichkeit zerbrechen.

Sicher muß auch hier das Recht gegenüber dem Unrecht durchgesetzt werden; aber das muß immer geschehen<sup>2)</sup>. Aus der Einstellung des Täters gegenüber dem Recht kann nicht entnommen werden, mit welchen Mitteln in diesem Fall das Recht gegenüber dem Unrecht durchzusetzen ist. Es ist nicht ersichtlich, warum gerade hier eine andere Maßnahme die Rechtsbewährung nicht soll erreichen können.

#### IV. Wiederholungstäter.

Auch der Umstand, daß der Angeklagte ein Wiederholungstäter ist, hat keinen Einfluß auf die Verteidigung der Rechtsordnung<sup>3)</sup>. Hier kann eine Einwirkung auf den Täter geboten sein. Aus dem Umstand, daß sich der Täter von den bisherigen Strafen nicht beeindrucken ließ, kann nicht geschlossen werden, daß sich hier das Verbrechen lohnt, wenn keine Freiheitsstrafe verhängt bzw. die Strafe zur Bewährung ausgesetzt wird.

#### V. Häufigkeit bestimmter Delikte.

Die Häufigkeit bestimmter Delikte hat ebenfalls keine Bedeutung<sup>4)</sup>. Die Rechtsbewährung verlangt ein Abstellen auf den Einzelfall<sup>5)</sup> nicht eine Berücksichtigung der Delikts-häufigkeit. Die Deliktshäufigkeit ist kein Umstand in der

---

1) NJW 1971, 702.

2) vgl. oben S. 56.

3) aa BGH NJW 1971, 439 ff (440); OLG Celle NJW 1970, 872; OLG Frankfurt NJW 1971, 666 ff (668/669); Martin Blutalkohol 1970, 18; Koch NJW 1970, 843.

4) aa OLG Köln NJW 1970, 258 ff (259); OLG Hamm VRS 39, 479; Koch NJW 1970, 844; Martin Blutalkohol 1970, 23.

5) vgl. oben S. 67.

Tat oder der Persönlichkeit des Täters, sondern ergibt sich erst aus der Hinzunahme anderer Taten. Die Deliktshäufigkeit könnte nur dann eine Rolle spielen, wenn man auf den Aspekt der Abschreckung oder der Beruhigung der Bevölkerung abstellen würde. Auch das Verständnis der Bevölkerung für die Strafe könnte von der Deliktshäufigkeit abhängen. Diese Gesichtspunkte wurden aber abgelehnt<sup>1)</sup>.

Eine Deliktshäufigkeit kann den Gerichten Anlaß geben, ihre Strafpraxis zu überprüfen. Ob aber gerade die Verhängung einer Freiheitsstrafe oder die Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung zur Verteidigung der Rechtsordnung erforderlich sind, muß nur am Einzelfall geprüft werden.

#### VI. Einstellung der Bevölkerung gegenüber der verletzten Norm.

Schließlich kommt es auch nicht darauf an, ob die Tat in der Bevölkerung als Kavaliersdelikt mit kalkulierbarem Risiko angesehen und das Verbot nicht ernst genommen wird<sup>2)</sup>. Das könnte nur von Bedeutung sein, wenn die faktische Geltung der Norm durchzusetzen wäre. Das ist aber nicht das Ziel<sup>3)</sup>. Beruht die Einstellung der Bevölkerung darauf, daß das Gesetz nicht den sittlichen Normen entspricht, so ist ein Einschreiten zur Verteidigung der Rechtsordnung ebenfalls nicht geboten<sup>4)</sup>. Besteht ein Anhaltspunkt dafür, daß die Einstellung auf zu geringen Strafen beruht, kann das Anlaß zur Überprüfung der Strafpraxis geben. Ob sich das Verbrechen lohnt, ist aber stets und ausschließlich am Einzelfall zu prüfen<sup>5)</sup>. Besonders zu beachten ist hier, ob der Täter die zu erwartende Strafe in Kauf genommen hat<sup>6)</sup>.

---

1) vgl. oben S. 46 ff, 44 f, 70 ff.

2) BayObLG NJW 1970, 1382 ff (1383); OLG Oldenburg VRS 38, 426 ff (430); KG JR 1970, 227; OLG Hamm VRS 39, 479 f (480); Horstkotte NJW 1969, 1604; ders. JZ 1970, 127; Schnebele Blutalkohol 1969, 438; Hohler NJW 1969, 1227.

3) vgl. oben S. 60 ff.

4) vgl. oben S. 51 ff.

5) vgl. oben S. 67.

6) vgl. oben S. 87 f.

## Fünfter Teil

### EINZELFRAGEN

#### 19. Kapitel

#### Verfassungsrechtliche Probleme

##### I. Die gesetzliche Bestimmtheit (Art. 103 Abs.2 GG).

Art. 103 Abs.2 GG verbietet nicht nur eine analoge, gewohnheitsrechtliche oder rückwirkende Strafbegründung. Gesetzlich bestimmt sein muß auch, welche Strafe der Täter zu erwarten hat<sup>1)</sup>. Der Einzelne soll nicht nur wissen, was strafrechtlich verboten ist, sondern auch, welche Strafe ihm für den Fall eines Verstoßes gegen jenes Gebot droht<sup>2)</sup>. Da die §§ 14, 23 Abs.3 StGB diese Frage betreffen, ist angesichts der Kritik an der mangelnden Bestimmtheit des Begriffs "Verteidigung der Rechtsordnung"<sup>3)</sup> zu prüfen, ob die Vorschriften den Anforderungen des Art. 103 Abs.2 GG genügen.

Im Hinblick auf diesen verfassungsrechtlichen Grundsatz sind unbestimmte Begriffe wie "Verteidigung der Rechtsordnung" und "besondere Umstände" zweifellos unerfreulich und nicht unbedenklich. Es darf aber bei der Prüfung am Maßstabe des Art. 103 Abs.2 GG nicht verkannt werden, daß auch im Strafrecht nicht völlig darauf verzichtet werden kann,

---

1) BVerfG NJW 1969, 1059 ff (1060).

2) BVerfG NJW 1969, 1059 ff (1060).

3) oben S. 1 f.

allgemeine Begriffe zu verwenden, die nicht eindeutig und allgemeingültig umschrieben werden können, sondern in besonderem Maße auslegungsbedürftig sind<sup>1)</sup>. Der notwendige Grad der gesetzlichen Bestimmtheit läßt sich nicht allgemein festlegen, sondern hängt von der Besonderheit des Straftatbestandes und von den Umständen ab, die zu der gesetzlichen Regelung führen<sup>2)</sup>. Je schwerer die angedrohte Strafe ist, um so präziser muß die Strafbarkeitsvoraussetzung umschrieben sein<sup>3)</sup>.

Bei Anwendung dieser Grundsätze hält die Regelung einer Prüfung an Art. 103 Abs.2 GG stand. wie ausgeführt<sup>4)</sup>, findet eine an funktionellen Kriterien orientierte Auslegung im Wortlaut eine genugende Stütze. Die §§ 14, 23 Abs.3 StGB betreffen nur Fälle, in denen eine relativ geringe Strafe verhängt wird. Es mußte auch eine Regelung gefunden werden, die den Besonderheiten des Einzelfalls gerecht wird. Weder soll die Regelung dazu führen, daß kurze Freiheitsstrafen häufiger als unbedingt nötig verhängt bzw. vollstreckt werden, noch darf durch einen zu weitgehenden Verzicht auf die kurze Freiheitsstrafe und deren Wirkung auf die Allgemeinheit die rechtliche Gesinnung der Bevölkerung gefährdet werden. Zwischen diesen beiden Aspekten eine genaue Abgrenzung zu treffen und dabei völlig bestimmte Begriffe zu verwenden, erscheint kaum möglich. Schließlich muß auch berücksichtigt werden, daß es sich hier um eine Frage der konkreten Strafbemessung handelt. Daß dabei notwendig auf den Einzelfall abgestellt werden muß, bringt es mit sich, daß keine so exakte Bestimmung möglich ist, wie bei der Abgrenzung von strafbarem und straflosem Verhalten.

---

1) BVerfGE 4, 352 ff (358); BVerfG NJW 1969, 1759.

2) BVerfG NJW 1969, 1759.

3) BVerfGE 14, 245 ff (251); BVerfG NJW 1969, 1759.

4) S. 59.

## II. Das Schuldprinzip.

Der oben<sup>1)</sup> wiedergegebenen Meinung von Hardwig, daß aus generalpräventiven Gründen, die Strafe über das eigentliche Schuldmaß hinausgehen darf, kann nicht zugestimmt werden. Zutreffend führt das BVerfG<sup>2)</sup> aus, daß aus den allgemeinen Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere aus dem Rechtsstaatsprinzip, für das Strafrecht folgt, daß die Strafe in einem gerechten Verhältnis zu dem Verschulden des Täters stehen muß. Wenn auch nach § 13 Abs. 1 S. 1 StGB die Schuld des Täters nur Grundlage der Strafzumessung ist<sup>3)</sup>, so ist es dennoch verfassungsrechtlich auch aus generalpräventiven Gründen nicht zulässig, bei der Straffestsetzung über das schuldangemessene Maß hinauszugehen<sup>4)</sup>.

Die §§ 14, 23 Abs. 3 StGB verlangen keine Strafe, die das Schuldmaß überschreitet. Sie ermöglichen es nur, in bestimmten Fällen eine sonst nicht vorgesehene schuldangemessene Strafe zu verhängen. Nicht gefolgt werden kann der Meinung von Dreher<sup>5)</sup>, daß -wenn man der Spielraumtheorie nicht folgt- in § 14 StGB eine Erlaubnis des Gesetzes vorliegt, das schuldangemessene Strafmaß zu überschreiten. Eine derartige Auslegung wäre nicht verfassungskonform. Darauf, daß zur Vermeidung von Freiheitsstrafe und Versagung von Straf- aussetzung, keine das Schuldmaß übersteigende Geldzahlung auferlegt werden darf, wurde bereits hingewiesen<sup>6)</sup>. Dasselbe gilt auch für alle anderen kriminalrechtlichen Maßnahmen.

---

1) S. 15.

2) BVerfGE 1, 332 ff (348); 6, 389 ff (439); BVerfG NJW 1970, 1453 f (1454) mit weiteren Nachweisen; ebenso BayVerfGH VGH nF II 109 ff (114).

3) Daß die Strafe das Maß der Schuld nicht überschreiten darf, war ausdrücklich festgelegt in § 2 S. 2 E 1958 (S. 7), in § 2 S. 3 des Entwurfs von Baumann (Recht und Staat Heft 254/255 S. 9) und in § 2 Abs. 2 AE (S. 7 und 28) und § 59 Abs. 2 S. 1 AE (S. 18 und 108).

4) Nachweise vgl. oben S. 86 FbN. 1.

5) § 14 Anm. 2 B c.

### III. Die Würde des Menschen.

Das verfassungsrechtliche Hauptargument gegen die Berücksichtigung generalpräventiver Erwägungen bei der Strafzumessung wird aus Art.1 Abs.1 GG abgeleitet<sup>1)</sup>.

a) Generalprävention in extremster Ausprägung wäre es, wenn bei der Festsetzung der Strafe allein nach generalpräventiven Gesichtspunkten vorgegangen würde. Das würde bedeuten, daß der Täter als bloßes Mittel zur Einwirkung auf andere benutzt würde. Dadurch würde er in der Tat unter Verstoß gegen Art.1 GG seines persönlichen Eigenwertes beraubt und zum bloßen Werkzeug herabgewürdigt<sup>2)</sup>. Das ist aber hier gerade nicht der Fall. Wie eben festgestellt wurde, wird die Strafe durch das Maß der Schuld begrenzt. Auch müssen es gerade Umstände in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters sein, die die Verteidigung der Rechtsordnung unerläßlich machen müssen<sup>3)</sup>. Der Täter wird nach seiner Person und seiner Tat beurteilt. In diesem Fall wird der Täter auch dann nicht in seiner Würde verletzt, wenn er einen Nachteil im Interesse der Allgemeinheit erleidet<sup>4)</sup>. Auch handelt es sich hier nicht um bloße Abschreckung. Es geht nur um die Demonstration, daß sich das Verbrechen nicht lohnt. Aus der Würde des Menschen läßt sich aber für niemanden der Anspruch ableiten, daß ihm ein Gewinn aus einem Verbrechen verbleiben muß, und zwar auch dann nicht, wenn von ihm kein weiteres Verbrechen zu erwarten ist.

b) Gerechtfertigt werden kann hier die Übereinstimmung mit Art.1 GG auch mit dem Gedankengang von Stree<sup>5)</sup>. Gerade der Gedanke, daß es die Aufgabe des Strafrechts nicht immer

---

1) vgl. oben S. 14.

2) Stree S. 39; Badura JZ 1964, 342.

3) BVerfG NJW 1970, 1353 f (1354).

4) Roxin JuS 1966, 384.

5) vgl. oben S. 15.

erfordert, daß das Schuldmaß voll ausgeschöpft wird, daß es aber Fälle geben kann, in denen dies erforderlich ist<sup>1)</sup>, liegt der Regelung der §§ 14, 23 StGB zugrunde<sup>2)</sup>.

Der Gedanke der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit spielt gerade in dem hier interessierenden Zusammenhang die entscheidende Rolle. Nicht weil der Gesetzgeber bei den hier in Betracht kommenden Delikten die Schuld geringer bewertete, erhielten die §§ 14, 23 StGB ihre jetzige Fassung. Entscheidend war nur die objektive Zweckmäßigkeitserwägung, daß die kurze Freiheitsstrafe wegen ihrer in der Regel mehr negativen Auswirkungen zurückgedrängt werden muß, wegen eines Umstandes also, der mit der Schuld des Täters nicht das geringste zu tun hat. Hier liegt ein Abzug von der schuldangemessenen Strafe aus objektiven Gründen vor. Deutlich kam dies in § 27 b StGB aF zum Ausdruck, wonach zuerst die Strafe zu ermitteln war und dann geprüft werden mußte, ob eine Geldstrafe verhängt werden kann. So hat bereits das Reichsgericht<sup>3)</sup> zutreffend erkannt, daß dem Angeklagten bei der Umwandlung der an sich verwirkten Freiheitsstrafe in eine Geldstrafe eine an sich unverdiente Wohltat erwiesen wird.

Wenn der Täter im Regelfall aus Gründen, die nicht in seiner Person liegen, eine Geldstrafe bzw. die Gewährung von Strafaussetzung erhält, so wird er nicht als Objekt behandelt, wenn das Bedürfnis nach Einwirkung auf die Allgemeinheit die für den Regelfall geltenden Zweckmäßigkeitserwägungen übertrifft. Der Täter wird nicht als Objekt behandelt, wenn er die schuldangemessene Strafe erhält. Überspitzt aus-

---

1) Stree S. 43/44.

2) vgl. auch § 59 Abs. 2 AE (S. 18, 108): "Das durch die Tat-schuld bestimmte Maß ist nur insoweit auszuschöpfen, wie es die Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsge-meinschaft oder der Schutz der Rechtsgüter erfordert."

3) RGSt 77, 137 ff (139).

gedrückt kann man umgekehrt sagen: der Täter wird gerade dann zum Objekt des staatlichen Handelns, wenn er milder bestraft wird, weil er aus außerhalb seiner Person liegenden Gründen nicht die schuldangemessene Strafe sondern eine geringere erhält. Würde man es nicht als zulässig ansehen, in bestimmten Fällen das Maß der Schuld voll auszuschöpfen, so würde das bedeuten, daß gerade die schuldangemessene Strafe verfassungswidrig wäre.

#### IV. Das Prinzip der Gewaltenteilung.

Bei der hier vertretenen Auslegung bestehen auch keine Bedenken aus dem Prinzip der Gewaltenteilung. Der Richter ist hier nicht wie bei der Berücksichtigung bloßer Abschreckung gezwungen, Kriminalpolitik zu betreiben<sup>1)</sup>. Er hat vielmehr ausschließlich am Einzelfall zu prüfen, ob sich das Verbrechen lohnen würde, wenn keine Freiheitsstrafe verhängt bzw. Strafaussetzung zur Bewährung gewährt würde.

#### V. Gleichheitsgrundsatz.

Hinsichtlich der Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung wird auf das oben<sup>2)</sup> Ausgeführte verwiesen.

---

1) vgl. Zipf S. 63.

2) S. 82 ff.

## 20. Kapitel

### Fahrlässigkeitsdelikte

a) Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung die Ansicht vertreten, daß generalpräventive Erwägungen bei fahrlässig begangenen Straftaten regelmäßig vollständig zurücktreten<sup>1)</sup>. Diese Entscheidung stellt jedoch nur auf die allgemeine Abschreckung ab. Dieser Gesichtspunkt wurde aber hier abgelehnt.

Daß ein Einschreiten zur Verteidigung der Rechtsordnung bei unbewußt fahrlässigen Delikten praktisch nicht in Betracht kommen durfte, meinen Horstkotte<sup>2)</sup> und Martin<sup>3)</sup>. Sie gehen aber von dem hier ebenfalls abgelehnten Standpunkt aus, daß dem Täter eine Mißachtung des Rechts vorzuwerfen ist.

Demgegenüber fuhr das OLG Stuttgart<sup>4)</sup> aus, daß bei einem Ausschluß der Fahrlässigkeitsdelikte ohne rechtfertigenden Grund auch Täter bevorzugt würden, die sich trotz grober Fahrlässigkeit ihres Versagens nicht bewußt werden, sei es, weil es ihnen überhaupt an Verantwortungsbewußtsein fehlt, sei es, weil sie sich im Einzelfall allen Überlegungen entziehen, die sich jedem anderen nach Lage der Dinge geradezu aufdrängen. Gegen diese Begründung bestehen deshalb Bedenken, weil das Gericht nicht auf die Erhaltung der rechtlichen Gesinnung, sondern auf die Bevorzugung gewisser Täter abstellt. Das Gericht begründet seine Meinung damit, daß es im Einzelfall ein legitimes Gebot der Rechtsordnung sein könne, der Bevölkerung die Sicherheit zu verschaffen, durch wirksame Abschreckung vor den schweren Gefahren, die von Tätern dieser Art ausgehen, hinreichend geschützt zu werden. Dieser Aspekt wurde hier gleichfalls abgelehnt.

---

1) RG HRR 1941 Nr. 527.

2) NJW 1969, 1604.

3) Blutalkohol 1970, 23.

4) Justiz 1970, 163 f (164).

b) Auszugehen ist auch hier wiederum davon, daß das Bewußtsein erhalten werden muß, daß sich das Verbrechen nicht lohnt. Auch fahrlässig begangene Delikte sind mit Strafe bedroht. Ein Ausschluß der Fahrlässigkeitsdelikte wäre daher nur dann gerechtfertigt, wenn sich fahrlässige Taten für den Täter niemals lohnen würden.

Das kann aber nicht angenommen werden. Bei bewußter Fahrlässigkeit müßte der Täter das Unlustgefühl unterdrücken, das ihn daran hindert, sich nicht in die gefährliche Lage zu begeben oder die notwendigen Vorsichtsmaßnahmen zu treffen. Aber auch bei unbewußter Fahrlässigkeit kann sich das Handeln des Täters lohnen, nämlich dann, wenn der Täter sich so hätte verhalten müssen, daß ihm daraus irgendein Nachteil oder Unlustgefühl erwachsen wäre. Zu denken ist beispielsweise daran, daß es der Täter pflichtwidrig unterlassen hat, eine Gefahrenstelle abzusichern. Die Absicherung wäre für ihn mit Mühen und Kosten verbunden gewesen. Darum ist der Täter herumgekommen. Er hat also einen Vorteil aus seiner fahrlässigen Handlungsweise. Auch hier verlangt die Rechtsbewährung, daß ihm diese Vorteile nicht verbleiben.

c) Die Frage, welche Vorteile der Täter von der Tat hat, ist allerdings etwas anders als bei Vorsatzdelikten zu stellen. Zu fragen ist hier nicht nach dem Vorteil der Verletzungshandlung. Zu fragen ist nach den Vorteilen, die der Täter dadurch gehabt hat, daß er sich in die gefährliche Lage begeben oder die erforderliche und ihm zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen hat. Können diese Vorteile nicht durch andere Maßnahmen ausgeglichen werden, so verlangt die Rechtsbewährung, daß eine Freiheitsstrafe verhängt bzw. die Strafaussetzung versagt wird.

d) Aus dem Gesetz ist auch kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, daß bei Fahrlässigkeitsdelikten nicht zur Verteidigung der Rechtsordnung eingeschritten werden soll.

## 21. Kapitel

### Trunkenheit im Straßenverkehr

Besonders häufig haben die Verkehrsstraftaten zu einer Auseinandersetzung mit den §§ 14, 23 Abs. 3 StGB Anlaß gegeben. Insbesondere die Trunkenheitsfahrten haben die Rechtsprechung beschäftigt und in der Literatur Erörterung gefunden<sup>1)</sup>. Auf die Probleme der Trunkenheitsfahrten soll daher noch eigens eingegangen werden. Da stets auf den Einzelfall abzustellen ist, können auch hier nur gewisse Gesichtspunkte behandelt werden, die bei der Entscheidung zu berücksichtigen sind.

#### I. Keine besonderen Grundsätze.

Auch bei Trunkenheitsfahrten kann nicht generell ein Einschreiten zur Verteidigung der Rechtsordnung erfolgen. Es gelten die gleichen Grundsätze wie bei allen anderen Delikten. Das Gesetz enthält keine Grundlage dafür, daß die Trunkenheitsdelikte besonders behandelt werden. Eine Sonderbehandlung kann insbesondere nicht damit gerechtfertigt werden, daß hier Leben und körperliche Unversehrtheit auf dem Spiele stehen<sup>2)</sup>. Dieser Gesichtspunkt liegt den §§ 315c, 316 StGB im ganzen zugrunde und darf daher nicht erneut berücksichtigt werden<sup>3)</sup>. Konsequenz müßte dann überhaupt für Körperverletzung und Tötung eine besondere Regel angenommen werden. Daß die Deliktshäufigkeit keine Bedeutung hat, wurde bereits ausgeführt<sup>4)</sup>. Gerade

---

1) vgl. z.B. BGH NJW 1971, 664 ff; OLG Hamm NJW 1970, 1384 f; OLG Frankfurt NJW 1971, 666 ff; Behnke Blutalkohol 1969, 335 ff; Dede MDR 1970, 721 ff; Koch NJW 1970, 842 ff; Martin Blutalkohol 1970, 13 ff.

2) so Koch NJW 1970, 843; Schnebel Blutalkohol 1969, 439.

3) vgl. oben S. 66.

4) vgl. oben S. 96 f.

in den Fällen, in denen ein Bedürfnis nach Generalprävention vermutet wird, muß sich zeigen, ob die gesetzliche Neuregelung ernst genommen und wirklich eine Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe und des Abschreckungsgedankens erreicht wird.

## II. Das Unlustgefühl des Unterlassens.

Die Unlust, die aus dem Unterlassen der Trunkenheitsfahrt folgt, kann in zahlreichen Fällen sehr erheblich sein. In Gegenden mit schlechten Verkehrsverbindungen steht der Täter vor der Wahl, ob er zu Hause bleiben oder nur wenig trinken will. Hinzu kommt eine hohe Dunkelziffer. Jeder Kraftfahrer weiß, daß man in angetrunkenem Zustand lange und oft fahren kann, bis man einmal von der Polizei kontrolliert wird, wenn man nicht das Pech hat, in einen Unfall verwickelt zu werden. Je mehr der Täter getrunken hat, um so geringer schätzt er die Gefahr ein. Hinzu kommt ein gewisses Geltungsbedürfnis. Der Täter will sich und seinen Freunden beweisen, daß er viel Alkohol verträgt und trotzdem fahren kann. Diese Umstände können dazu führen, daß der Täter für seine Tat einen gewissen Geldbetrag riskiert.

## III. Hohe Blutalkoholkonzentration.

Die Berücksichtigung einer besonders hohen Blutalkoholkonzentration wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß Tatbestandsmerkmale nicht verwertet werden dürfen<sup>1)</sup>. Sie kann dann Bedeutung haben, wenn der Täter weiß, daß er nach dem Alkoholkonsum noch fahren wird. Schränkt sich der Täter beim Trinken wenigstens etwas ein, so ist damit bereits ein Unlustgefühl verbunden, das derjenige, der völlig hemmungslos trinkt, nicht hat.

---

1) vgl. oben S. 66 FFn. 2.

#### IV. Die Fahrstrecke.

Von Bedeutung kann auch sein, daß der Täter ein viel und schnell befahrene Straße benutzt<sup>1)</sup>; dann nämlich, wenn der Täter die Möglichkeit gehabt hätte, sein Ziel gefahrloser über eine längere Nebenstrecke zu erreichen.

#### V. Unfallfolgen.

Schwere Folgen der Tat und damit auch schwere Folgen einer Trunkenheitsfahrt können ein Einschreiten zur Verteidigung der Rechtsordnung nicht begründen<sup>2)</sup>.

Unfallfolgen können aber gegen die Notwendigkeit einer Verteidigung der Rechtsordnung sprechen, wenn sie den Täter selbst oder einen nahen Angehörigen treffen<sup>3)</sup>. Werden andere Personen von schweren Unfallfolgen betroffen, so wird meist auch der angetrunkene Fahrer erhebliche Verletzungen oder einen bedeutenden Sachschaden erleiden.

#### VI. Andere Maßnahmen.

Die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe und die Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung bei Trunkenkeitsfahrten wird häufig deshalb nicht zur Verteidigung der Rechtsordnung unerläßlich sein, weil in diesem Bereich das Fahrverbot als Nebenstrafe zur Verfügung steht, eine Maßnahme, die häufig ein größeres Übel darstellt als eine Geldstrafe<sup>4)</sup>. In noch stärkerem Maße gilt das von der Entziehung der Fahrerlaubnis<sup>5)</sup>. Bei Trunkenheits-

---

1) vgl. Behnke Blutalkohol 1969, 338; Martin Blutalkohol 1970, 18.

2) vgl. oben S. 93 f.

3) vgl. oben S. 90.

4) OLG Frankfurt NJW 1971, 666 ff (668); Horstkotte NJW 1969, 1604.

5) vgl. dazu insbes. Eickhoff NJW 1971, 273 f.

fahrten ist der Täter in der Regel als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen anzusehen (§ 42m Abs.2 Nr.1 und 2 StGB). Die Fälle, in denen diese Maßnahmen kein ausreichendes Übel darstellen, dürften selten sein.

## Sechster Teil

### ZUSAMMENFASSUNG UND WÜRDIGUNG DER REGELUNG

#### 22. Kapitel

##### Zusammenfassung

Die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe bzw. die Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung dient, wenn diese Maßnahmen zur Verteidigung der Rechtsordnung ergriffen werden müssen, der Erhaltung der rechtlichen Gesinnung der Bevölkerung.

Die rechtliche Gesinnung ist dadurch zu erhalten, daß die Überzeugung hervorgerufen und gefestigt wird, daß sich das Verbrechen nicht lohnt, weil der Tat ein Übel folgt, das größer ist als die Unlust, die aus dem unbefriedigten Antriebe zur Tat entspringt.

Zur Verteidigung der Rechtsordnung ist die Verhängung einer Freiheitsstrafe bzw. die Versagung von Strafaussetzung zur Bewährung nur dann unerläßlich, wenn andere Maßnahmen nicht ausreichend sind.

Wann sich das Verbrechen lohnen würde, ist an Hand des Einzelfalls zu prüfen. Alle Vorteile und alle Nachteile sind dabei abzuwägen. Stellen andere Maßnahmen zusammen mit sonstigen Nachteilen, die dem Täter aus der Tat erwachsen sind, kein größeres Übel dar als es das Unterlassen der Tat gewesen wäre, so ist ein Einschreiten zur Verteidigung der Rechtsordnung geboten.

## 23. Kapitel

### Würdigung der Regelung

a) War es sinnvoll, daß der Gesetzgeber diese generalpräventive Klausel in die Neuregelung aufnahm? Nach der hier vertretenen Auslegung ist die Frage zu bejahen.

Durch diese generalpräventive Klausel wird der notwendige Ersatz für den Verzicht auf Vergeltung und Schuldausgleich geschaffen. Wie bereits mehrfach betont<sup>1)</sup>, kann ein auf Spezialprävention hin orientiertes Strafrecht nicht immer angemessen reagieren. Wenn schon nicht das vom Täter begangene Unrecht ausgeglichen wird, so muß doch wenigstens dem Täter der erlangte Vorteil genommen werden, um nicht den Eindruck aufkommen zu lassen, daß das Verbrechen unter Umständen selbst dann lohnend sein kann, wenn es zu einer Verurteilung kommt. Die rechtliche Gesinnung der Bevölkerung, deren Erhaltung die wesentliche Aufgabe des Strafrechts ist<sup>2)</sup>, darf nicht dadurch gefährdet werden, daß offenbar wird, daß sich das Verbrechen - wenn auch nur in Einzelfällen - lohnt.

Neben der Einwirkung auf den Rechtsbrecher darf die Einwirkung auf die Allgemeinheit nicht außer Acht gelassen werden. Jeder Verbrecher ist einmal Ersttäter. Würde man nach dem Verzicht auf Vergeltung und Schuldausgleich auch auf die generalpräventive Wirkung der Strafe verzichten, so wäre es nur sinnvoll und konsequent, die Strafe im herkömmlichen Sinn abzuschaffen und je nach Bedarf erzieherische Maßnahmen anzuordnen und einen nicht erziehungsbedürftigen Angeklagten unbehelligt zu lassen.

---

1) vgl. oben S. 10, 57.

2) Welzel v. Gierke-Festschrift S. 297.

Gewahrt wird durch diese Regelung nach der hier vertretenen Auslegung auch der Rechtsgrundsatz, daß niemand aus einem verbotenen Tun einen bleibenden Vorteil haben darf. Angesprochen ist damit auch ein Gesichtspunkt der Gerechtigkeit. Warum soll es die Rechtsordnung zulassen, daß in Ausnahmefällen das Verbrechen einen Vorteil bringt, während im Regelfall ein größeres Übel zugefügt wird?<sup>1)</sup>

Einer wesentlichen Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe steht diese Regelung nicht entgegen. Es dürfte ein äußerst seltener Fall sein, daß in dem hier in Betracht kommenden Bereich der Täter nur durch eine Freiheitsstrafe bzw. Versagung der Strafaussetzung mit einem ausreichenden Übel belegt werden kann. Bei einem Großteil dieser Ausnahmefälle dürfte wiederum schon eine Einwirkung auf den Täter unerläßlich sein.

b) Voll berechtigt ist aber die Kritik, die an der Formulierung geübt wird<sup>2)</sup>. Der Gesetzgeber hat es in der Tat weitestgehend dem Richter überlassen, "was daraus gemacht wird"<sup>3)</sup>. Was nicht klar im Gesetz steht, kann nicht klar herausgelesen werden. In einer kriminalpolitisch so wichtigen Frage hätte sich der Gesetzgeber zu einer klaren und eindeutigen Aussage durchringen müssen statt den "Schwarzen Peter" (wieder einmal) dem Richter zuzuschieben<sup>4)</sup>.

---

1) vgl. auch Roxin S. 383.

2) vgl. oben S. 1 f.

3) Koch NJW 1970, 842.

4) Martin Blutalkohol 1970, 22.

## Lebenslauf

Am 7. 4. 1947 wurde ich, Michael Josef Schmid, in München geboren als Sohn des Krankenpflegers Michael Schmid und seiner Ehefrau Berta Maria, geborene Wanninger.

In München besuchte ich vom 3. 9. 1953 bis zum 18. 7. 1957 die Volksschule an der Schulstraße. Vom 3. 9. 1957 an war ich Schüler der humanistischen Abteilung des Wittelsbacher Gymnasiums in München. Dort absolvierte ich und erhielt am 19. 7. 1966 mein Reifezeugnis.

Vom Wintersemester 1966/67 bis einschließlich Wintersemester 1969/70 studierte ich Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Am 9. 7. 1970 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung.

Seit dem 16. 9. 1970 bin ich als Rechtsreferendar im Bezirk des Bayerischen Oberlandesgerichtes München tätig.





